

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM
DIREITO PROCESSUAL**

JOÃO ROBERTO DE SÁ DAL'COL

**MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: O ART.
489, § 1º, DO CPC/15 E A (RE)DESCOBERTA DO
DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO**

**VITÓRIA/ES
2016**

JOÃO ROBERTO DE SÁ DAL'COL

**MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: O ART.
489, § 1º, DO CPC/15 E A (RE)DESCOBERTA DO
DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Linha de Pesquisa: Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei.

**VITÓRIA/ES
2016**

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

D138m Dal'Col, João Roberto de Sá, 1987-
Motivação das decisões judiciais : o art. 489, § 1º, do CPC/15 e a (re)descoberta do dever de fundamentação / João Roberto de Sá Dal'Col. – 2016.
106 f. : il.

Orientador: Rodrigo Reis Mazzei.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Função judicial. 2. Juízes - Decisões. 3. Processo civil. 4.
Direitos fundamentais. 5. Direito - Filosofia. I. Mazzei, Rodrigo. II.
Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

JOÃO ROBERTO DE SÁ DAL'COL

**MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: O ART.
489, § 1º, DO CPC/15 E A (RE)DESCOBERTA DO
DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes), como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Professor Doutor Claudio Penedo Madureira
Universidade Federal do Espírito Santo
Examinador

Professor Doutor Fabiano Carvalho
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Membro Externo

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer aos meus pais, João Roberto e Maria Bernadete, pelo irrestrito apoio aos meus estudos e por tudo que fizeram e continuam a fazer, com muito amor, por mim.

Agradeço imensamente ao meu irmão Caio e a tia Fatinha, pela leitura carinhosa e atenta do meu texto, com questionamentos e sugestões precisas.

Agradeço aos amigos do escritório e da procuradoria, nas pessoas de Rubens Laranja Musiello e David Dalla Passos, sobretudo pela compreensão e cobertura nos meus momentos de ausência.

Agradeço aos professores e colegas do mestrado, pelo aprendizado constante e pela amizade construída durante o curso.

Agradeço sobremaneira ao meu orientador, Professor Rodrigo Mazzei, pelo exemplo de estudioso e profissional, pelas provocações instintivas e certeiras, pela ajuda bibliográfica, pela disponibilidade, generosidade e disposição em compartilhar o seu valioso conhecimento. Agradeço ao Professor Rodrigo por, como um timoneiro, não ter deixado que eu desviasse do rumo na condução dessa dissertação.

Agradeço aos Professores Luiz Eduardo Ribeiro Mourão e Claudio Penedo Madureira, que, juntamente com o Professor Rodrigo Mazzei, participaram de minha qualificação e contribuíram com ricas ideias e conselhos preciosos, que, sem dúvida, foram essenciais para o desfecho do presente trabalho.

Agradeço ao Professor Fabiano Carvalho, por gentilmente ter aceitado se deslocar dos seus afazeres para participar de minha defesa da dissertação.

Finalmente, agradeço aos amigos Pedro Fabris de Oliveira e Orlindo Francisco Borges, pelas incansáveis e produtivas conversas acerca do tema, assim como por reservarem parte do pouco tempo que dispunham para a leitura do meu texto.

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo refletir e demonstrar a importância da motivação das decisões judiciais para o Estado Democrático de Direito, mais precisamente a importância do art. 489, §1º do CPC/15, que estabeleceu os critérios mínimos para uma decisão judicial adequadamente fundamentada. Tal questão se mostra especialmente relevante, haja vista que, embora o dever de fundamentação esteja expressamente presente na Constituição de 1988 e se apresente como um corolário básico para o atendimento ao devido processo legal e à segurança jurídica, somente com a edição do CPC/15 que se explicitou e delineou o esboço do que possa ser considerada uma decisão adequadamente fundamentada. Diante da importância do novel dispositivo legal, a presente dissertação busca contribuir, dentro de uma perspectiva teórico-dogmática, com a interpretação do instituto do “dever de fundamentação” e a sua (re)descoberta a partir do previsto no art. 489, §1º, do CPC/15.

Palavras-chave: Decisão judicial; dever de motivação; fundamentação adequada; Estado Democrático de Direito; devido processo legal; CPC/15; art. 489,§1º.

ABSTRACT

This study aimed to reflect about and to demonstrate the importance of motivation of the judicial decisions for the Democratic Constitutional State, with an emphasis on the importance of the article 489, §1º of from the Code of Civil Procedure of 2015, which established the minimum criteria for a properly grounded court decision. Such matter proves to be especially relevant, given that although the obligation of a judge to state reasons is displayed in the Federal Constitution and it is presented as a basic corollary to fulfill the due process of law and legal certainty, only with the editing of the current Code of Civil Procedure that it was explained the outline of what would be considered a properly reasoned decision. Given the importance of the novel legal provision, this dissertation seeks to contribute, within a theoretical and dogmatic perspective, to the interpretation of the institute "statement of reasons" and its (re)discovery from the predictions of article 489, §1º of the from the Civil Procedure Code of 2015.

Keywords: Judicial decision; legal motivation; properly reasoned decision; Democratic Constitutional State, due process of law; CPC/15; art. 489,§1º.

SUMÁRIO

1 DA INTRODUÇÃO E DO OBJETO DE ESTUDO.....	9
2 DO DEVER CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	13
2.1 A EVOLUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	14
2.2 A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL PELA FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.....	22
2.3 O ART. 489, §1º DO CPC/15 COMO ELEMENTO ASSEGUADOR DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DE SUA SUPREMACIA.....	28
2.4 A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE PARÂMETROS MÍNIMOS PARA UMA DECISÃO JUDICIAL ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA.....	35
2.5 A RAIZ CONSTITUCIONAL DO ART. 489, §1º DO CPC/15 E A SUA IRRADIAÇÃO PARA ALÉM DO PROCESSO CIVIL.....	38
3 DA DESUNIFORME INTERPRETAÇÃO REALIZADA PELO STF E PELO STJ DO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOB A ÉGIDE DO CPC/73.....	41
3.1 DA IMPORTANTE DISTINÇÃO ENTRE “ARGUMENTO” E “FUNDAMENTO”	45
3.2 EXEMPLOS EXTRAÍDOS DE JULGADOS DO STJ E DO STF SOBRE O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO (ART. 93, IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) SOB A ÉGIDE DO CPC/73.....	49
4 A (RE)DESCOBERTA/EVOLUÇÃO DA IDEIA SOBRE O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO: O ART. 489, §1º DO CPC/15 E A CRIAÇÃO DE PARÂMETROS MÍNIMOS PARA UMA DECISÃO JUDICIAL ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA.....	68
4.1 O ART. 489, §1º DO CPC/15 COMO O ESBOÇO DO QUE SEJA UMA DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA.....	68
4.2 O INCISO I DO §1º DO ART. 489 DO CPC/15.....	70
4.3 O INCISO II DO §1º DO ART. 489 DO CPC/15.....	71
4.4 O INCISO III DO §1º DO ART. 489 DO CPC/15.....	73

4.5 O FALSO PROBLEMA DO “TODOS” E A MELHOR INTERPRETAÇÃO A SER DADA PARA A EFETIVA E EFICIENTE APLICAÇÃO DO INCISO IV DO §1º DO ART. 489 DO CPC/15.....	75
4.6 OS INCISOS V E VI DO §1º DO ART. 489 DO CPC/15 E A SUA NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO CONJUGADA COM O ART. 927 DO CPC/15.....	83
4.7 DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A GARANTIA DA (ADEQUADA) FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA.....	90
4.8 DAS INDEVIDAS E MAL EMBASADAS CRÍTICAS AO ART. 489, §1º DO CPC/15.....	93
5 CONCLUSÃO	98
6 REFERÊNCIAS	100

1 DA INTRODUÇÃO E DO OBJETO DE ESTUDO

Em primeiro lugar, pretende o presente trabalho refletir e demonstrar a importância da motivação¹ das decisões judiciais para o Estado Democrático de Direito, mais precisamente a importância do art. 489, §1º do CPC/15², que estabeleceu um rol exemplificativo de decisões que não podem ser consideradas fundamentadas. Embora no CPC/73 constasse a obrigatoriedade de motivação das decisões em alguns dispositivos, não existe nada parecido com o que resta prescrito no art. 489, §1º do CPC/15.³

O art. 489, §1º do CPC/15, quando revela, de modo expresso, exemplos didáticos do que não pode ser considerada uma decisão judicial fundamentada, prestigia o preceito constitucional que impõe que todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade⁴⁻⁵; e apresenta parâmetros que permitem a interpretação (e identificação) mais segura do que seja uma “decisão fundamentada”.

¹ Para que não haja confusão interpretativa, o presente trabalho utiliza os termos “motivação” e “fundamentação” como sinônimos.

² Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

³ Ada Pellegrini Grinover afirma que “Na legislação ordinária brasileira, a obrigatoriedade da motivação já vinha expressamente enunciada em vários dispositivos do CPC. O art. 131 prescreve que o Juiz ‘deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento’. O art. 458, II, considera requisitos essenciais da sentença ‘os fundamentos em que o Juiz analisará as questões de fato e de direito’. E mesmo quanto às decisões que não sejam sentenças ou acórdãos o Código exige fundamentação, ‘ainda que de modo conciso’ (art. 165).” (PELEGRINI GRINOVER, Ada. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *Revista da Ajuris*, 50 (1990):5-20.)

⁴ CF/88. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁵ O art. 11 do CPC/15 repetiu o preceito constitucional ao dispor que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

O tema é tão relevante e controverso que entidades de magistrados — Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) — chegaram a se manifestar publicamente contra o conteúdo do art. 489, §1º do CPC/15, defendendo, naquela oportunidade (enquanto a matéria ainda tramitava no plano político), o veto ao parágrafo que estabelecia os critérios mínimos para uma decisão fundamentada.⁶

E não é só. Após a sanção presidencial do CPC/15, durante a sua *vacatio legis*, os presentes na I Jornada sobre o Novo Código de Processo Civil, promovida pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (GO), nos dias 25 e 26 de junho de 2015, aprovaram enunciados afirmando, basicamente, que o art. 489, §1º, do CPC/15 não se aplica ao processo do trabalho.⁷ De modo semelhante, entre os dias 26 e 28 de agosto de 2015, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) aprovou 62 enunciados⁸ — que foram criados com o objetivo de orientar a magistratura nacional na aplicação do novo Código de Processo Civil—, sendo que vários desses enunciados interpretam o CPC/15 de modo restritivo, diminuindo o espaço de interpretação-aplicação de garantias caras ao jurisdicionado, tais como a do contraditório, a da não surpresa e a da motivação adequada.⁹

Diante disso, temos como objetivo demonstrar a relevância do art. 489, §1º do CPC/15 na (re)descoberta do dever de fundamentação. Assim, procurar antever o comportamento dos aplicadores do direito que lidarão diretamente com o CPC/15 é um dos objetivos desta dissertação, assim como apresentar a interpretação que entendemos como a devida — constitucionalmente adequada — para o art. 489, §1º do CPC/15.

⁶ VASCONCELOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. *Consultor Jurídico*, 04.03.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em: 07.08.2016.

⁷ Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/portal/arquivos/2015/07/relatorio-final.pdf>. Acesso em: 07.08.2016.

⁸ Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 07.08.2016.

⁹ No sentido: STRECK, Lenio Luiz. A alegoria do novo CPC e o filme Os Deuses Devem Estar Loucos: imperdível. *Consultor Jurídico*, 03.09.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-03/senso-incomum-alegoria-ncpc-deuses-estar-loucos-imperdivel>. Acesso em: 07.08.2016.

De nada basta a existência de um dispositivo constitucional louvável (art. 93, IX, CF) sem a preocupação com a densificação¹⁰ (e consequente concretização) do direito-dever de fundamentação das decisões contido na Constituição, ou seja, direito para os jurisdicionados e toda a sociedade e dever para os julgadores¹¹⁻¹². Afinal, conforme leciona Rodrigo Mazzei, “só haverá operabilidade se a solução desejada pelo legislador puder ser efetivamente aplicada concretamente”.¹³⁻¹⁴

Também desejamos demonstrar a importância do CPC/15 para a evolução do processo civil brasileiro, na medida em que prestigiou a participação¹⁵ de todos os atores processuais na formação da decisão judicial, assim como espancou as decisões surpresa ou de terceira via do processo decisório. Sobre o assunto, destacamos a redação e o significado do seu art.10, que dispõe que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a

¹⁰ O termo “densificação” é utilizado na acepção de José Joaquim Gomes Canotilho, que conclui que *“Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto.”* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1201.)

¹¹ Rodrigo Mazzei destaca que *“de pouco adiantará se na enunciação da norma não houver a preocupação de como a mesma será realizada, daí porque afirmamos que a operabilidade não pode ser vista apenas no seu enfoque material, desprezando-se a carga de conteúdo processual que também carrega, haja vista não ser possível falar em concreção de qualquer dispositivo sem imaginar a sua aplicação.”* (MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação: notas iniciais à leitura do novo código civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral, v. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2005)

¹² Cristina Reindolff da Motta elenca, entre outros adjetivos da motivação, o de servir como remédio tanto para arbitrariedade quanto para a discricionariedade. Afirma também que *“A motivação, em realidade, apresenta função dúplice, uma vez que é limite ao julgador e direito fundamental do jurisdicionado.”* (MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 26.)

¹³ MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação: notas iniciais à leitura do novo código civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral, v. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹⁴ Nessa tocante, não se pode olvidar do princípio da operabilidade. Rodrigo Mazzei alerta para a necessidade de a operabilidade ser vista tanto sob o enfoque material quanto sob o enfoque processual, valendo trazer à colação as seguintes palavras do autor: *“[...] a operabilidade há de ser vista sob dois enfoques: (1) Material – decorrente da enunciação da norma. (2) Processual – aplicação concreta da norma. De nada adiantará a previsão de instituto material com simplicidade estrutural, se na sua aplicação se verificar ser figura de difícil aplicação, causando enleios que não permitam a sua realização. A preocupação do legislador não pode ser, dessa forma, apenas na formulação da norma material, mas também em como será aplicada, pois só haverá operatividade se a solução desejada pelo legislador puder ser efetivamente aplicada concretamente.”*(MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação: notas iniciais à leitura do novo código civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral, v. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2005)

¹⁵ “Participação” que deve ser vista como participação-influência.

respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Falando em contraditório, também é tarefa do presente trabalho comprovar que uma decisão fundamentada obrigatoriamente passa por um processo que garantiu a participação-influência das partes em simétrica paridade, ou seja, a fundamentação das decisões — a base argumentativa — deve partir dos fatos e do direito debatido no seio do processo.¹⁶

Por fim, destacamos que a presente dissertação possui relação direta com a linha de pesquisa “Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais”, do Programa de Pós-graduação em direito da UFES, uma vez que estudar a redescoberta do dever constitucional de motivação das decisões judiciais, a partir do CPC/15, nada mais é do que estar atento às necessidades do Estado Democrático Constitucional, na constante busca de construir um processo civil que reflita mais e mais a garantia do respeito ao direito material.

¹⁶ No sentido: LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

2 DO DEVER CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Neste tópico, pretende-se demonstrar a importância de se atribuir dignidade constitucional ao dever imposto aos juízes de motivar as suas decisões. É impreterível, num Estado Democrático de Direito — ou em qualquer Estado que se diz ou se quer democrático — que o dever de fundamentação das decisões seja elevado à garantia fundamental constitucional.¹⁷

A ausência de fundamentação não é condizente com o Estado Democrático de Direito. O Estado de Direito deve ser interpretado como “Estado que se justifica” (*rechtsfertiger Staat*). Dito isso, não podemos tirar da memória o princípio estampado na Constituição que revela que todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido¹⁸. Logo, não há de se admitir qualquer decisão judicial que não se justifique — ao jurisdicionado e ao povo —, pois do contrário estaremos falando de Estado de exceção ou autoritário.¹⁹⁻²⁰

¹⁷ Na década de 70, José Carlos Barbosa Moreira escreveu importante texto defendendo a motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. No referido texto, o autor já apontava como relevante “a atribuição de dignidade constitucional, em mais de um país, ao dever, imposto aos juízes, de motivar as decisões. O fenômeno não esgota sua significação no acréscimo de estabilidade que assim se imprime à norma, colocada ao abrigo das vicissitudes legislativas em nível ordinário; sugere, ademais, visualização diversa da matéria, pela adequada valoração de seu enquadramento num sistema articulado de garantias fundamentais.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 84.)

¹⁸ Lenio Luiz Streck adverte que “*Quem quer democracia e respeito pela Constituição, mormente no que tange ao princípio de que “todo poder emana do povo e em seu nome será exercido” e a garantia da fundamentação (artigo 93, inciso IX da CF) — princípios que devem ser da estima de qualquer governo —, deve lutar pela preservação do parágrafo primeiro.*” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto — decido conforme minha consciência?* – 5ª ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 118.)

¹⁹ Para Cristina Reindolff da Motta, a fundamentação “*é a garantia que o indivíduo tem para saber se está frente a uma decisão correta ou não (adequada à Constituição), já que ela demonstra os motivos pelos quais uma decisão se aplica a determinado caso concreto. Não obstante, a inexistência de fundamentação é própria de regimes autoritários, em que não se pode fazer uso público das razões e decide-se de forma obscura.*” (MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 78.)

²⁰ Sobre o assunto, José Carlos Barbosa Moreira acentua que “*No Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se a lei. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como “rechtsfertiger Staat”, como “Estado que se justifica”. Distingue a doutrina dois aspectos complementares dessa “justificação”: o material e o formal. A intromissão é materialmente justificada, quando para ela existe fundamento: é formalmente justificada, quando se expõe, se declara, se demonstra o fundamento.*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 89.)

2.1 A EVOLUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Em que pese o direito-dever de motivação das decisões judiciais só tenha vindo a ter disposição expressa e clara na Constituição Federal de 1988, a motivação das decisões judiciais poderia ser deduzida, com algum esforço interpretativo, de alguns dispositivos constitucionais pretéritos. Com efeito, passemos a elencar alguns exemplos de que se pode extrair, mesmo que timidamente, o dever de motivação²¹ desde a *Constituição Política do Império do Brasil* (1824) até a sua consagração na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Na *Constituição Política do Império do Brasil* (1824)²², já se exigia do juiz a motivação escrita da prisão, com destaque para a previsão de punição — do Juiz que ordenou a prisão e de quem a requereu — para as prisões arbitrárias. Além disso, destaca-se que a Constituição do Império já garantia o princípio da legalidade, estampado em seu art. 179, I.

Do mesmo modo, na *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891)*²³ podemos enxergar exemplos de que o direito-dever de motivação estava

²¹ Destaca-se que apresentaremos exemplos do dever de motivação contidos nas Constituições Brasileiras, não necessariamente tratando-se de motivação das decisões judiciais - dever do juiz -, mas também, como se verá em alguns dos exemplos, do dever de motivação do Presidente em determinadas questões.

²² CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824) [...] Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. I. *Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.* [...] VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, *o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.* [...] X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada, senão por *ordem escripta* da Autoridade legitima. *Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.* XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta. [...] XXXV. Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; *devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.* (Vide Lei nº 16, de 1834)

²³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891) [...] Art 37 - O projeto de lei adotado em uma das Câmaras será submetido à outra, e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Poder Executivo, que, aquiescendo, o sancionará e promulgará. ~~§ 1º Se, porém, o Presidente da~~

presente, sendo que as decisões deveriam ser motivadas por lei anterior, assim como se garantia — ao menos no papel — aos acusados a mais plena defesa. Logo, para que seja viabilizada a defesa plena, faz-se fundamental a existência de motivação expressa a ser debatida — a viabilizar a impugnação — pelo acusado. Além disso, destaca-se o dever, por parte do Presidente da República, de expressar os motivos do veto a projeto de lei, bem como a permanência da garantia do princípio da legalidade.

Na Constituição de 1934 — *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)* ²⁴ — foi mantida a necessidade da prisão em flagrante ser acompanhada de

~~República o julgar inconstitucional ou contrário aos interesses da Nação, negará sua sanção, dentro de dez dias úteis, daquele em que recebeu o projeto, devolvendo o nesse mesmo, prazo à Câmara, onde ele se houver iniciado, com os motivos da recusa. § 1º Quando o Presidente da Republica julgar um projecto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrario aos interesses nacionaes, o vetará, total ou parcialmente, dentro de dez dias uteis, a contar daquelle em que o recebeu, devolvendo, nesse prazo e com os *motivos do veto*, o projetcto, ou a parte vetada, á Camara onde elle se houver iniciado. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [...] Art 72 — A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 13 — A execução do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante *ordem escrita da autoridade competente*. § 14 — Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir. § 15 — Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada. § 16 — Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas. [...]—Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) § 1º *Ninguem pôde ser obrigado a fazer, ou deixar fazer alguma cousa, senão em virtude de lei.* (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [...] § 13. Á excepção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronuncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante *ordem escripta* da autoridade competente. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) § 14. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admittir. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) § 15. Ninguém sera sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na fórmula por ella regulada. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) § 16. Aos accusados se assegurara na lei *a mais plena defesa*, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)~~

²⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934) [...] Art 2º - Todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos. [...] Art 13 - Dentro de cinco anos, contados da vigência desta Constituição, deverão os Estados resolver as suas questões de limites, mediante acordo direto ou arbitramento. [...] § 2º - Recusado o arbitramento, o Presidente da República nomeará unia Comissão especial para o estudo e a *decisão de cada uma das questões, fixando normas de processo que assegurem aos interessados a produção de provas e alegações.* [...] Art 45 - Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, o vetará, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, a contar daquele em que o receber, devolvendo nesse prazo, e com os *motivos do veto*, o projeto, ou a parte vetada, à Câmara dos Deputados. [...] Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 2) *Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.* [...] 21) Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por *ordem escrita da autoridade competente*, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de

ordem escrita da autoridade competente, com imediata comunicação ao juiz. Assegurava-se também a ampla defesa aos acusados e o princípio da legalidade. Ademais, além do dever de expressar os motivos do veto a projeto de lei, o Presidente da República era obrigado a relatar os motivos determinantes do estado de sítio.

Com a Constituição de 1937²⁵⁻²⁶ — *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (De 10 de Novembro de 1937)* — houve um retrocesso com relação a anterior, mas ainda podia se extrair dela a necessidade de ordem escrita para a prisão, com aparente respeito ao princípio

qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora. [...] 24) A lei assegurará aos acusados *ampla defesa*, com os meios e recursos essenciais a esta. [...] 26) *Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.* [...] 35) A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva. [...] 37) Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade. [...] Art 175 - O Poder Legislativo, na iminência de agressão estrangeira, ou na emergência de insurreição armada, poderá autorizar o Presidente da República a declarar em estado de sítio qualquer parte do território nacional, observando-se o seguinte: [...] § 2º - Ninguém será, em virtude do estado de sítio, conservado em custódia, senão por necessidade da defesa nacional, em caso de agressão estrangeira, ou por autoria ou cumplicidade de insurreição, ou *fundados motivos* de vir a participar nela. [...] § 8º - Aberta a sessão legislativa, o Presidente da República relatará, em mensagem especial, *os motivos determinantes* do estado de sítio, e justificará as medidas que tenha adotado, apresentando as declarações exigidas pelo § 3º, e mais documentos necessários. O Poder Legislativo passará em seguida a deliberar sobre o decreto expedido, revogando-o, ou não, podendo também apreciar, desde logo, as providências trazidas ao seu conhecimento, e autorizar a prorrogação do estado de sítio, nos termos do nº 1 deste artigo.

²⁵ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937) [...] Art 1º - O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade. [...] Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e *mediante ordem escrita da autoridade competente*. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, *em virtude de lei e na forma por ela regulada*; a instrução criminal será *contraditória*, asseguradas antes e depois da formação da culpa as *necessárias garantias de defesa*; (Suspensão pelo Decreto nº 10.358, de 1942)

²⁶ Logo em seu início, percebe-se o que pretendia a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas e apelidada de Constituição Polaca, em referência à Constituição outorgada pelo marechal de Jozef Pilsudski (1867-1935), líder do golpe militar que o levou ao poder na Polônia em 1921. Vejamos, a título de exemplo, o que a Carta expressamente pretendia atender: “*ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;*”. E, sob o pretexto de que a população fosse incapaz de fazer racionalmente suas escolhas políticas, abusava-se do populismo para centralização autoritária do poder na pessoa de Getúlio Vargas.

da legalidade, ao contraditório e à ampla defesa (ao menos para os processos de natureza penal) — isto é, se interpretarmos “necessárias garantias de defesa” como ampla defesa.

A Constituição de 1946²⁷ — *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (De 18 de Setembro de 1946)* —, por sua vez, embora também não trouxesse expressamente o dever de motivação, este podia ser extraído do princípio da legalidade, do direito de ação derivado do dever de não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão de direito individual, da necessidade da prisão se dar por ordem escrita e da garantia da plena defesa e do contraditório.

A Constituição de 1967²⁸ — *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967* —, assim como sua Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 (de 17.10.1969), provenientes

²⁷ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946) [...] Art 1º - Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. *Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.* [...] Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei. § 2º *Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.* § 3º - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. § 4º - *A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.* [...] § 20 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, *por ordem escrita* da autoridade competente, nos casos expressos em lei. § 25 - É assegurada aos acusados *plena defesa*, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a *nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente*, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será *contraditória*. § 26 - Não haverá foro privilegiado nem Juízes e Tribunais de exceção. § 27 - *Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.* Art 144 - A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

²⁸ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967 [...] Art 1º - O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 1º - *Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido.* [...] Art 62 - Nos casos do art. 46, a Câmara na qual se concluiu a votação enviará o projeto ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, contados, daquele em que o receber, e comunicará dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal, *os motivos do veto*. Se a sanção for negada quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto. O veto parcial deve abranger o texto de artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea. [...] Art 144 - Além dos casos previstos nesta Constituição, os direitos políticos: I - suspendem-se: [...] § 2º - A suspensão ou perda dos direitos políticos será decretada pelo Presidente da República, nos casos do art. 141, I e II, e do nº II, b e c, deste artigo e, nos demais, *por decisão judicial, assegurando-se sempre ao paciente ampla defesa.* [...] § 28 - É garantida a liberdade de associação. *Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial.* [...] Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei. § 2º - *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.* § 3º - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. § 4º - *A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.* [...] § 12 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou *por ordem escrita* de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal. [...] § 15 - A lei assegurará aos

do período ditatorial militar, no que tange à previsão de motivação, repetiram em boa dose o que já previam as Constituições anteriores.²⁹ Vislumbra-se, em uma ou em outra, a obrigatoriedade do presidente de expor os motivos de veto, o respeito ao princípio da legalidade, o direito de ação, a necessidade das prisões serem acompanhadas de ordem escrita, a garantia de ampla defesa e do contraditório (pelo menos em se tratando de instrução criminal). Ademais, a suspensão ou perda dos direitos políticos e a dissolução de associação só poderiam se dar por decisão judicial. Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, em texto datado de março de 1978, “não obstante a ausência de disposição expressa na Carta da República, o direito à motivação das decisões judiciais seria deduzível do art. 153, § 4º, como desdobramento necessário do direito de ação.”³⁰⁻³¹

acusados *ampla defesa*, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção. § 16 - A instrução criminal será *contraditória*, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

²⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969) [...] Art. 1º. O Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 1º *Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.* [...] Art. 59. Nos casos do artigo 43, a Câmara na qual se haja concluído a votação enviará o projeto ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará; para o mesmo fim, ser-lhe-ão remetidos os projetos havidos por aprovados nos termos do § 3º do artigo 51. § 1º Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de quinze dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os *motivos* do veto. Se a sanção for negada, quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto. [...] Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça. § 2º Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. § 3º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. ~~§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.~~ § 4º *A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.* (Redação da pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977) [...] § 16. A instrução criminal será *contraditória*, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu. [...] § 28. É assegurada a liberdade de associação para os fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de *decisão judicial*.

³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 93.

³¹ No mesmo artigo, intitulado “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”, José Carlos Barbosa Moreira conclui com uma verdadeira moção pela consagração expressa do princípio da motivação obrigatória das decisões judiciais em eventual reformulação da Lei Maior (o que viera de fato a ocorrer com a Constituição Federal de 1988), senão vejamos: “1.º) *A motivação das decisões judiciais, como expressão da “justificação formal” dos atos emanados do Poder a que compete, por excelência, a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos, constitui garantia inerente ao Estado de Direito.* 2.º) *O princípio de que as decisões judiciais devem ser motivadas aplica-se aos pronunciamentos de natureza decisória emitidos por qualquer órgão do Poder Judiciário, seja qual for o grau de jurisdição, sem exclusão dos que possuam índole discricionária ou se fundem em juízos de valor livremente formulados.* 3.º) *É conveniente a inclusão, na Constituição da República, de dispositivo que consagre em termos expressos o princípio da obrigatoriedade da motivação.*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 95).

Por fim, a Constituição de 1988 ³² — *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* — reproduziu parte do conteúdo referente ao dever de motivação previsto nas Constituições anteriores. Mas, ao contrário destas, expungiu qualquer possibilidade interpretativa contrária ao direito-dever de motivação das decisões judiciais, ao consagrar expressamente, no seu art. 93, IX, que, sob pena de nulidade, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões. ³³⁻³⁴

³² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 - PREÂMBULO - Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.* [...] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*; [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório e ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes; [...] LXI - *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*; [...] Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os *motivos do veto*. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...] Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: [...] Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os *motivos determinantes* do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

³³ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias informa que “A importância do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais é demonstrada ao se constatar sua recepção em enunciados normativos expressos nos ordenamentos jurídicos modernos, quer no plano constitucional, que no plano infraconstitucional, impondo aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever jurídico de motivarem seus pronunciamentos decisórios, visando a afastar o arbítrio judicial, caracterizado por anômalas ou patológicas intromissões de ideologias do julgador na motivação das decisões, de forma incompatível com os princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito.” (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed., rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 130.)

³⁴ A título de ilustração e enriquecimento, vale trazer à tona um exemplo da legislação comparada, qual seja, a Constituição Italiana, que dispõe em seu art. 101 que a justiça é administrada em nome do povo e que os juízes só são sujeitos à lei (*Art. 101 - La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge.*). Além deste artigo, não podemos olvidar do belíssimo art. 111, que dispõe, entre outras coisas, que a

Rodrigo Mazzei retrata, na seguinte passagem doutrinária, a influência do regime constitucional no processo civil brasileiro:

Apenas para se ter uma ideia do novo contexto que se inaugura com a Constituição Federal de 1988 que prima, repita-se, pela instalação de verdadeiro (não falso, muito menos utópico) Estado Democrático de Direito, desde logo lembramos que o legislador constitucional fez questão de alargar o direito ao contraditório a todo e qualquer tipo de processo, situação nova até então em cartas constitucionais brasileiras, eis que nos diplomas anteriores (1891, 1934, 1937, 1946 e 1967) havia alusão a tal garantia constitucional tão somente para os processos de natureza penal e administrativa. Nessa linha, o processo civil passou a ser albergado – de forma explícita – pelo contraditório aplicável a um Estado Democrático de Direito. (...) Não se pode, portanto, pensar que as codificações (assim como qualquer legislação infraconstitucional) fiquem imunes se o paradigma constitucional for alterado. Há, em suma, necessidade de conformação do direito às opções postas na Constituição, postura esta que demanda a interpretação de todo sistema legal guiada pelo farol constitucional, notadamente quando se pretende plasmar na nação um verdadeiro Estado Democrático de Direito amparado em diploma constitucional.³⁵

É desse contexto que sobressai a opção do legislador constituinte por estabelecer expressamente o dever de fundamentação das decisões judiciais, previsão que vai ao encontro do Estado Democrático de Direito; promovendo a segurança jurídica e manifestando a sua intenção-desejo de caminhar para a construção de uma sociedade madura e avançada, que respeita as expectativas legítimas de seus cidadãos, no sentido de que as decisões tomadas no Estado Democrático de Direito, sejam elas quais forem, devem ser devidamente motivadas, em respeito e homenagem à Constituição Federal. Mas não é só. O Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição de 1988, é um projeto que se constrói no dia a dia, decisão por decisão. Assim sendo, cada juiz que fundamenta adequadamente suas decisões é peça fundamental na edificação e concretização da Constituição.

jurisdição atua mediante o devido/justo processo legal; que em cada processo é assegurado o contraditório entre as partes, em condições de igualdade perante um juiz terceiro e imparcial; e que todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados (*art. 111 - La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. [...] Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.*). Como se vê, a Constituição Brasileira de 1988 seguiu o caminho da Constituição Italiana.

³⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 1: parte geral*. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 35-63.

Embora os juízes não sejam eleitos diretamente pelo povo, é inegável que possuem responsabilidade política. A prestação de contas dessa responsabilidade se dá — no espaço do Estado que se justifica — por meio da fundamentação adequada das decisões judiciais.

De mais a mais, o jurisdicionado possui o direito — que sequer devia ser questionado — de saber o motivo de determinada decisão ter lhe afetado positivamente, e, sobretudo, negativamente, quando o órgão jurisdicional decide que os fundamentos da outra parte são mais relevantes do que os seus.

O dever de fundamentação previsto na Constituição Federal, com os critérios mínimos objetivados no CPC/15, afigura-se como condição de validade da própria decisão. A Constituição Federal deixa claro que a fundamentação não se trata de uma faculdade do julgador, mas de um dever deste e um direito do jurisdicionado e da sociedade.³⁶ Portanto, não só o jurisdicionado, mas também toda a sociedade, salvo hipóteses restritas, tais como as que exigem o segredo³⁷, têm o direito de saber como os seus juízes decidem e quais são os motivos pelos quais decidem, lembrando sempre que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.³⁸⁻³⁹

³⁶ Ada Pellegrini Grinover alerta que “a partir da Constituição de 1988, a obrigação de motivar foi elevada a preceito fundamental. E do art. 93, IX, a determinação de que ‘todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...’. Acolheu, assim, a Lei Maior, o entendimento doutrinário de que o problema da motivação se coloca no plano dos Direitos fundamentais, de ordem pública, avultando nela a idéia de garantia e controle extraprocessual, por servir como elemento para aferição, in concreto, da imparcialidade do Juiz e da legalidade da decisão, bem como da efetividade do contraditório e da observância do devido processo legal.” (PELEGRINI GRINOVER, Ada. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *Revista da Ajuris*, 50 (1990):5-20.)

³⁷ O segredo, no caso, é restrito à sociedade, jamais ao jurisdicionado.

³⁸ Constituição Federal. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

³⁹ Leonard Ziesemer Schmitz ressalta que “O Estado Constitucional age de forma a não surpreender o cidadão. Vale dizer, é um Estado que se opõe a arbitrariedades, e que preza antes de tudo pela segurança jurídica, entendida aqui como uma junção entre as ideias de estabilidade e previsibilidade. Estabilidade consiste na não alteração arbitrária (e, diga-se, também não discricionária) de decisões adotadas pelo Estado; previsibilidade é a exigência de ao menos certa calculabilidade, por parte dos cidadãos, e, relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos. A somatória desses fatores reconduz ao postulado constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito: o devido processo legal. [...] As garantias de segurança jurídica e de estabilidade são então verificáveis através da fundamentação.” (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 182-183)

2.2 A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL PELA FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA

O princípio do Estado Democrático de Direito e a legitimidade democrática das decisões judiciais depende muito da sujeição dos órgãos jurisdicionais ao ordenamento jurídico, sobretudo ao que dispõe a Constituição.⁴⁰ De nada adianta nos proclamarmos um Estado Democrático de Direito se os juízes e tribunais, ao proferirem suas decisões, não respeitarem o ordenamento jurídico, não observarem o comando constitucional que determina que as decisões judiciais precisam ser fundamentadas.⁴¹

Uma decisão judicial só pode ser considerada compatível com o Estado Democrático de Direito se for devidamente fundamentada. Por conseguinte, a decisão judicial não pode ser fruto da sorte — do processo ser distribuído para este ou aquele juiz — nem o processo pode ser lugar de surpresas ou de fingimento.⁴²

⁴⁰ Para Paulo Roberto Iotti Vecchiatti e Alexandre Melo Franco Bahia, “*é inadmissível que uma pessoa seja privada de seus bens e direitos em geral sem ter tido seus argumentos jurídicos expressamente enfrentados pelo órgão julgador que os rejeita. Pacificação social nenhuma (e menos ainda justiça) haverá com decisões que rejeitem pretensões sem enfrentar os fundamentos que embasam tais pretensões.*” (VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Os princípios da fundamentação e do contraditório no Novo Código de Processo Civil. Primeiras impressões. In: coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 1: parte geral. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 340).

⁴¹ Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “*A legitimidade democrática das decisões judiciais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, sobretudo as normas constitucionais, emanadas da vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas pelos seus representantes, no Congresso Nacional. Por conseguinte, se todo poder emana do povo, em nome de quem os órgãos do Estado o exercem, inclusive os órgãos jurisdicionais, o que é fundamento básico do Estado Democrático de Direito, assim declarado no parágrafo único, do artigo 1º, do texto constitucional, está a exigir a Constituição Federal de 1988 dos juízes ne tribunais brasileiros decisões conforme as normas constitucionais e infraconstitucionais que integram o ordenamento jurídico. Somente assim, poder-se-á falar em decisões judiciais proferidas em nome do povo, máxime no Brasil, onde o povo não elege os juízes, pois selecionados e nomeados diretamente pelo Estado, ora por rigoroso concurso público de provas e títulos, ora por listas tríplices, algumas, para desventura do mesmo povo, de triste memória.*” (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed., rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 122-123.)

⁴² Ronald Dworkin cunhou o termo “tese do fingimento” sobre a qual os juízes decidem de acordo com suas convicções íntimas a favor do que entendem como mais adequado ao caso em exame. Ou seja, decidem em face do que o direito deveria ser e não em face do que o direito é. Sobre o assunto, verificar: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 45-52.

Ou seja, não podemos ficar silentes diante do solipsismo do julgador, diante do juiz que julga primeiro para somente depois pinçar os fundamentos que se encaixam em sua pré-decisão, em seu pré-julgamento. Não se deve aceitar o julgamento tão somente conforme as convicções pessoais do juiz, lastreado no que este acha que o direito deveria ser e não do que o direito é, pois assim, mesmo que portador das melhores boas intenções, a decisão terá sido tomada fora do espaço democrático que se exige do processo civil moderno, em total descompasso com o princípio do contraditório.⁴³⁻⁴⁴

Dito isso, o contraditório e a ampla defesa não podem, em hipótese alguma, ser sacrificados em prol da celeridade. O processo — se respeitado o devido processo legal — é instrumento de transformação social e caminho necessário na efetivação e proteção dos direitos materiais. E a fundamentação adequada é condição de possibilidade da democracia.

O processo judicial não é lugar para agir irresponsavelmente, pois nele as pessoas depositam questões importantes de suas vidas, e dele os jurisdicionados esperam seja dada a melhor solução possível extraída do ordenamento jurídico. E a vida dos jurisdicionados (e os seus problemas) não consente com qualquer função inconsequente dos atores processuais.

Sérgio Nojiri observa que “no Estado Democrático de Direito, em que o exercício do poder é limitado, não há espaço para exercentes de funções públicas irresponsáveis. Não há lugar para tiranos.” Para ele, “o juiz não pode ser visto como o “senhor” do processo”, pois, em que pese

⁴³ Dierle Nunes e Lúcio Delfino apontam que “*O novo CPC traz encampado, assim, a escolha por um processo civil participativo, no qual não há espaço para velharias como o adágio iura novit curia, incentivador de uma prática judicial que suplementa o papel do juiz, fazendo dele responsável supremo pelos rumos da decisão judicial. Contraditório substancial e iura novit curia são incompatíveis, cada qual situado em paradigmas filosóficos destoantes, o primeiro comprometido com a intersubjetividade, enquanto o segundo afeto à filosofia da consciência. Quis-se, de todo modo, implementar-se no Brasil saldos doutrinários conquistados nas últimas décadas. A palavra de ordem é racionalizar a prática judiciária, torná-la participativa, com resultados coerentes e íntegros, eliminando-se dela persistentes resquícios metafísicos.*” (NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC. *Consultor Jurídico*, 03.09.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>. Acesso em: 07.08.2016).

⁴⁴ Claudio Penedo Madureira destaca que “*A função do Juiz em uma contenda judicial é precisamente dizer quem tem razão; é dispor, como sujeito imparcial, sobre qual a solução mais adequada para a divergência estabelecida entre as partes, algo que, lucidamente, ele só pode pretender realizar se ouvir, considerar e valorar os motivos pelos quais os litigantes divergem entre si. Daí a absoluta necessidade de que os Juízes tenham a consciência de que precisam se submeter à dialeticidade do processo, o que implica (notadamente sob essa acepção renovada de contraditório, cuja aplicação defendemos, com base na doutrina do formalismo-valorativo), não apenas que se confira às partes a prerrogativa de expor suas razões no processo, mas, sobretudo, a real possibilidade de que tais razões venham a influir na solução da contenda.*” (MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 249-250).

expeça ordens, deve pautar a sua conduta pela lei e justificar as decisões tomadas “através de motivadas razões a serem amplamente expostas a quem tiver interesse em conhecê-las.” Além disso, enfatiza que a fundamentação das decisões judiciais trata-se, também, de uma garantia constitucional contra o abuso de autoridade e o arbítrio, e, por ser parte de um princípio estruturante da Constituição, não pode ser suprimida ou ofuscada por qualquer espécie de emenda, reforma ou revisão constitucional.⁴⁵

A Constituição precisa ser respeitada e as decisões precisam ser adequadamente fundamentadas. E o que vem a ser uma decisão adequadamente fundamentada? Aquela decisão que respeitar o ordenamento jurídico, que possuir em seu vértice a Constituição Federal.

O CPC/15, por sua vez, acende a luz para que possamos enxergar melhor o caminho do (e no) Estado Democrático de Direito. Cabe a nós direcionar a lanterna para o caminho certo, com a convicção plena de que não existe caminho sem que a luz interpretativa passe pela Constituição Federal.⁴⁶

A decisão judicial, no seio de um processo democrático, deve ser construída com a participação ativa de todas as partes processuais, onde estas possam dialogar sobre fatos e direitos, exercendo o contraditório com necessária influência na construção dos pronunciamentos jurisdicionais.⁴⁷

⁴⁵ NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 114.

⁴⁶ Lênio Luiz Streck afirma que: “*Lido em sua melhor luz, o NCPC abre as portas para que se adote, finalmente, uma teoria da decisão judicial efetivamente democrática. Penso, como venho deixando claro em alguns textos especializados, que o problema da democracia, no processo, deve ser equacionado de dois modos: primeiro, por meio de um procedimento em que se garanta, via contraditório, uma decisão participada (na linha daquilo que Marcelo Cattoni e Dierle Nunes, para citar apenas estes, sugerem); segundo, através dos fundamentos que compõem a decisão jurídica (e aqui é que aparece, de forma mais nítida, o dever judicial de manter a coerência e a integridade de princípios). Levadas estas exigências mais a fundo é possível concordar com a tese de Francisco Motta, de que a interpretação construtiva da Constituição leva à tese de que uma decisão jurídica e democraticamente correta deve ter a sua legitimidade confirmada por uma dupla dimensão da resposta correta: procedimento constitucionalmente adequado e a interpretação dirigida à integridade.*” (STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *Consultor Jurídico*, 18.12.2014. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades#_ftnref. Acesso em: 06.08.2016.)

⁴⁷ José Rogério Cruz e Tucci já destacava, na década de oitenta, que “o princípio da obrigatoriedade da motivação da sentença tem o condão de tornar efetivas as normas que garantem o direito de defesa e a imparcialidade do juiz. Realmente, dada a dimensão de seu significado jurídico-político, aflora, em nossos dias, a necessidade de controle (extraprocessual) “generalizado” e “difuso” sobre o *modus operandi* do juiz no

Por estarmos tratando de um Estado Democrático de Direito, não se pode olvidar da necessidade de se ter uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, onde o controle jurisdicional de constitucionalidade seja voltado a proporcionar autonomia aos cidadãos, que como tais, são também intérpretes ativos da Constituição. Sobre o assunto, Marcelo Cattoni diz que

O controle jurisdicional de constitucionalidade não pode ser tratado como uma questão de Estado. É no contexto de uma esfera pública de cidadãos os quais, no exercício de seus direitos fundamentais, aprofundam o seu “sentimento de Constituição” (Lucas Verdú) e de Democracia, que a Jurisdição Constitucional deve ser exercida.⁴⁸⁻⁴⁹⁻⁵⁰

Realça-se que, num Estado Democrático de Direito, o julgador não pode ser o único protagonista das decisões judiciais, haja vista que o processo deve oportunizar e refletir um espaço participativo de construção dos provimentos jurisdicionais.⁵¹⁻⁵²⁻⁵³

tocante à administração da justiça.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.p.23-24).

⁴⁸ CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 197/198.

⁴⁹ Para essa temática, é interessante consignar a ideia de Habermas, no sentido de que há de ser respeitado também o direito de desobediência civil dos cidadãos, que não são obrigados a obedecer a uma norma que entendam como inconstitucional, desde que, munidos com o sentimento de Constituição, tenham fortes fundamentos (alto grau de explicação) para tanto. Para ele, a “desobediência civil refere-se à sua própria origem na sociedade civil, a qual, quando entra em crise, serve-se da opinião pública para atualizar os conteúdos normativos do Estado democrático de direito, e para contrapô-los à inércia sistêmica da política institucional”. Assim, a justificação da desobediência civil se apoia numa visão da Constituição como um projeto inacabado, sempre em construção. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia II* - entre a facticidade e validade, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.117-119.)

⁵⁰ No mesmo sentido, María Fernanda Salcedo Repolês também vê a desobediência civil como um direito fundamental à realização do Estado Democrático de Direito, ao dispor que “*O ato de desobediência civil atualiza a relação do princípio da democracia com a forma do Direito, em que este institucionaliza juridicamente processos comunicativos que evidenciam o princípio basilar do Estado Democrático de Direito da reversibilidade das decisões. A desobediência civil é, por isso, direito fundamental à consolidação do paradigma do Estado Democrático de Direito.*” (SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. *Defesa da desobediência civil como direito fundamental no Estado democrático brasileiro a partir de uma fundamentação discursiva*. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão, v. 12, p. 147-156, 2005.)

⁵¹ Para Dierle José Coelho Nunes, “*A degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz (...) gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual*”. (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed. 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 195)

⁵² Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “*unem-se inseparavelmente o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação, como se fossem irmãos siameses, ambos atuando na dinâmica argumentativa fática e jurídica do procedimento, de forma que propicie a geração democrática de uma decisão jurisdicional participada, em concepção revisitada do processo, adequada ao Estado Democrático de Direito.*” (DIAS,

Voltamos a dizer: o juiz, embora não seja eleito pelo povo, possui responsabilidade política e deve prestar contas de sua atuação, o que, num Estado Democrático de Direito, se dá por meio da adequada motivação de suas decisões. Ana de Lourdes Coutinho pontua que “detentor de um poder, o juiz, em um regime democrático, está obrigado a prestar contas do modo como o utiliza, e deve fazê-lo mediante a motivação que invoca no ato de julgar.”⁵⁴⁻⁵⁵

Pontua-se que o CPC/15 contribuiu sobremaneira para a superação da ideia de enxergar o Poder Judiciário como aquele que possui o papel único de resolução de conflitos, passando a identificar nele (Poder Judiciário) também a função de desenvolvimento do direito ou de enriquecimento das normas jurídicas. Tal fato é consequência da absorção e observância, pelo CPC/15, da evolução da teoria do direito, sobretudo no que tange à teoria da interpretação (que diferencia texto e norma) e ao papel que o próprio Poder Judiciário assumiu no Estado Democrático de Direito.⁵⁶

Não se pode olvidar, ainda, da necessidade de perceber — e entender — que a decisão judicial apresenta um duplo discurso, ou seja: a) um discurso voltado às partes e à ideia de

Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed., rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 138.)

⁵³ Nas palavras de Hermes Zaneti Júnior, “*O que é fundamental ao Estado Democrático de Direito é a prevalência dos direitos fundamentais individuais e coletivos, sua relação com os fins e objetivos da sociedade multicultural (plúrima), e sua abertura para a construção da futura democracia integral (representativa, direta, política e social). Como será referido, nas sociedades democráticas, o essencial é o dissenso. O processo atua, entre outros tantos meios possíveis, como espaço vocacionado para solução e composição desse dissenso, constringendo ao diálogo e impedindo (na medida do possível) a ruptura do tecido social. Surgida uma tensão que demande resposta, o procedimento em contraditório possibilita a individualização do problema, a definição de seus limites e a identificação das razões dos opositores, podendo resultar em uma composição (consenso), uma solução de compromisso (espécie de consenso qualificado) ou na afirmação, pelo direito, da solução conforme à justiça, observando-se o debatido nos autos (...).*” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p. 116)

⁵⁴ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

⁵⁵ João Luiz Rocha do Nascimento aponta que “*na perspectiva do Estado Democrático de Direito, conclui-se que na raiz do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais se encontra o dever de prestação de contas pelo juiz, um agente estatal investido no cargo nos termos da lei que assume o compromisso de exercer a função jurisdicional com a responsabilidade política de prestar contas de seus atos (estatais) perante a sociedade democrática, sendo claro que somente se desincumbirá satisfatoriamente dessa obrigação mediante o estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais, por meio do que confere legitimidade aos atos praticados.*” (NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. *Do cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais : morte dos embargos de declaração, o Macunaíma da dogmática jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.235.)

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 290.

uma decisão justa para os que litigam no caso concreto (dimensão particular da tutela dos direitos); e b) um discurso voltado à sociedade — à formação e ao respeito ao precedente judicial com o objetivo de conferir unidade ao direito.⁵⁷

De mais a mais, uma decisão motivada, além de determinante na legitimidade constitucional e democrática dos pronunciamentos judiciais, viabiliza uma melhor elaboração de recurso, uma vez que permite que as partes realizem uma impugnação técnica e jurídica mais precisa dos vícios e erros que comprometem as decisões judiciais.⁵⁸⁻⁵⁹⁻⁶⁰

⁵⁷ “É necessário perceber, portanto, a necessidade de um duplo discurso no processo a partir da decisão judicial – um discurso ligado às partes e um discurso ligado à sociedade. Sem esse duplo discurso, a Justiça Civil será incapaz de realizar os direitos proclamados pela ordem jurídica e de orientar de forma segura a conduta social” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 28).

⁵⁸ No sentido, Flávio Cheim Jorge aponta que “é necessário que o recorrente demonstre e indique o porquê de seu recurso e até que ponto se insurge contra a sentença. Com isso, ele estará possibilitando ao recorrido oferecer a sua resposta e estará, da mesma forma, indicando ao órgão julgador qual a parte da decisão que está sendo atacada e de que maneira ela deverá ser reformada ou anulada.” (CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. - 7.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 206).

⁵⁹ Alexandre Freitas Câmara defende a fundamentação das decisões judiciais como elemento determinante na legitimidade constitucional e democrática dos pronunciamentos judiciais, senão vejamos: “Ocorre que, diferentemente dos agentes que atuam no Poder Legislativo e no Poder Executivo – os quais são legitimados pelos votos que recebem – o magistrado não é eleito e, assim, não recebe legitimidade a priori da sociedade. Sua legitimidade, então, deve ser estabelecida a posteriori. [...] Os fundamentos da decisão, portanto, são os elementos que permitem a aferição da legitimidade constitucional e democrática dos pronunciamentos judiciais. [...] Pois é pela fundamentação da decisão judicial que se permite o exercício de dois tipos de controle das decisões: (a) o controle forte, aquele exercido por órgãos superiores ao que tenha proferido a decisão, e que permite, através de mecanismos destinados a promover o reexame das decisões (como os recursos, a remessa necessária e as demandas autônomas de impugnação), a cassação de decisões erradas; e (b) o controle fraco, isto é, o controle que não pode levar à cassação de atos, mas que, sendo exercido de forma difusa pela sociedade, permite que se debata acerca da correção das decisões judiciais, de modo a contribuir para a melhoria constante da qualidade dos pronunciamentos jurisdicionais.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 276).

⁶⁰ Para Michele Taruffo, “(...) a conhecida explicação segundo a qual a motivação serviria às partes para valorar acerca da oportunidade de recorrer da sentença e ao juízo recursal para analisar o fundamento da sentença impugnada, em realidade não chegava a explicar por quais razões também a sentença das cortes supremas – como tais, não sujeitas à impugnação – deveriam ser motivadas e porque deveriam sê-lo também as sentenças das cortes constitucionais. Por razões desse gênero formulei uma distinção entre a função endoprocessual da motivação, conexa ao problema da impugnação, no sentido acima destacado, e a função extraprocessual da motivação, que pode ser compreendida somente no contexto das garantias fundamentais da administração da justiça, típicas do Estado democrático moderno. Essa segunda função é estreitamente conexa com o conceito democrático do exercício de poder, segundo o qual quem exercita um poder deve justificar o modo pelo qual o faz, submetendo-se, portanto, a um controle externo difuso das razões pelas quais o exercitou daquele determinado modo. Nesse sentido, o dever de motivação constitucionalmente garantido assume um valor político fundamental: é o instrumento por meio do qual a sociedade se coloca em condições de conhecer e de analisar as razões pelas quais o poder jurisdicional é exercitado, de modo determinado, no caso concreto. Trata-se de um valor político em si, já que o controle do exercício do poder é a base da soberania da sociedade, que assim é posta em condições de exercê-lo. Trata-se também de um valor político instrumental, já que através do controle sobre a motivação é possível verificar se outros princípios fundamentais foram realizados, como o da legalidade e o da imparcialidade na administração da justiça, típicos do moderno Estado de Direito.”

Portanto, a motivação possui papel de protagonista na legitimação democrática das decisões judiciais, devendo, pois, em respeito e homenagem ao Estado Democrático de Direito, ao Estado Constitucional e à natureza cooperativa do processo civil contemporâneo, qualquer decisão observar e patrocinar um efetivo e constante diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais, sendo a motivação adequada direito fundamental e condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.⁶¹⁻⁶²⁻⁶³

2.3 O ART. 489, §1º DO CPC/15 COMO ELEMENTO ASSEGURADOR DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DE SUA SUPREMACIA

Neste tópico, pretende-se demonstrar a importância da força normativa da constituição, tendo como base a visão de Konrad Hesse⁶⁴, assim como da observância da supremacia da Constituição, para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Ab initio, frisa-se que, tratando-se de Constituição, a radical separação entre realidade (ser) e norma (dever ser) não leva a lugar nenhum. Para Konrad Hesse, “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja,

(TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.20-21).

⁶¹ No sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto — decido conforme minha consciência?* – 5ª ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

⁶² Nas palavras de Leonard Ziesemer Schmitz, “*O Estado Democrático de Direito, como vimos, é o Estado que se justifica, e portanto é na fundamentação que encontramos não somente a legitimidade da decisão perante as partes, mas sua legitimidade como ato do Poder Judiciário. Nesse ponto, é preciso superar definitivamente a ideia de que uma decisão legítima seria aquela proferida por um intérprete autêntico – assim compreendido aquele investido de jurisdição. A legitimidade dá-se pela fundamentação, e não pela imposição de vontade.*” (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 213)

⁶³ Daniel Mitidiero chama a atenção para que, “*A fim de que se sinta pulsar também no âmbito do processo civil o Estado Constitucional, é de rigor que na motivação da decisão efetivamente conste a apreciação do órgão jurisdicional a respeito dos fundamentos deduzidos pelas partes ao longo do processo. Fere a natureza cooperativa do processo civil contemporâneo, pois, decisão judicial que não patrocine um efetivo diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais.*” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 154)

⁶⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, trad Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.”⁶⁵ Por conseguinte, entendemos que o art. 489, §1º do CPC/15 confere força normativa à Constituição, na medida em que densifica o dever constitucional de motivação das decisões.

Considerando que a essência da norma constitucional reside na sua vigência (ou não), como saber se uma Constituição está em vigor?

Para Riccardo Guastini, a questão é simples, ou seja, para verificar se uma Constituição se encontra ou não vigente, “é necessário simplesmente verificar se as suas normas são realmente observadas e aplicadas pelos órgãos constitucionais (o Parlamento, o Governo, a eventual Corte constitucional, etc.).”⁶⁶

A Constituição, por sua vez, é configurada e se expressa pela união entre o ser e o dever ser. Quanto mais condição uma Constituição tiver de se adequar ao tempo, maior eficácia e força vital ela terá. Ou seja, a Constituição deve sempre possibilitar a sua reinterpretação conforme o tempo presente.

Assim, é importante ter a idéia de uma Constituição viva, sempre em construção, pois “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”⁶⁷.

Quando se fala em Constituição, para Hesse, há duas terminologias possíveis: “Constituição real” e “Constituição jurídica”.

A Constituição real reúne tudo aquilo que o povo enquanto sociedade coletiva entende como Constituição. É aquela que representa fielmente um determinado povo, reunindo todos os seus anseios e valores.

⁶⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, trad Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 14.

⁶⁶ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 362-363.

⁶⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, trad Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 20.

A Constituição jurídica é aquela materializada com base na Constituição real. Como estamos falando de uma Constituição escrita, é a tentativa de passar a Constituição real para o papel. Em resumo, Hesse entende que

A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade.⁶⁸

Com efeito, quanto mais próxima a Constituição jurídica estiver da Constituição real, mais força normativa ela terá, pois possuirá o apoio e a defesa da consciência geral. Para Hesse,

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.⁶⁹

Ora, o art. 489, §1º, do CPC/15 também pode ser visto como fruto da vontade de concretizar o mandamento constitucional de motivação das decisões, previsto no art. 93, IX e X, da Constituição Federal. Ademais, para que a Constituição possua e exprima força ativa, é necessária a presença na consciência geral, tanto da *vontade de poder* quanto da *vontade de Constituição*.

É fundamental para a garantia de sua força normativa, portanto, que a Constituição não se assente numa estrutura unilateral, pois, num mundo em constante evolução político-social, a Constituição deve agregar direitos e deveres, assim como uma boa gama de proposições diversas. Sobre o assunto, vale trazer à tona o que dispõe José Joaquim Gomes Canotilho:

Ao falar-se do valor normativo da constituição aludiu-se à constituição como *lex superior*, quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*) quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (*superlegalidade material*) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais. A ideia de *superlegalidade formal* (a constituição como norma primária da produção jurídica) justifica a tendencial *rigidez* das leis fundamentais, traduzida na

⁶⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, trad Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24.

⁶⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, trad Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19.

consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, *agravadas* ou *reforçadas* relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da *conformidade* substancial de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição. Da conjugação destas duas dimensões – superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição – deriva o **princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos**: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva e negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.⁷⁰

Outro ponto relevante que Hesse destaca, e que, diga-se de passagem, serve muito como lição ao Brasil, é o perigo consistente na tendência incessante de se fazer revisões constitucionais, sob o falso manto da necessidade política.

O número elevado de Emendas Constitucionais existente no Brasil demonstra que se dá mais valor “às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente”, enfraquecendo a ideia de inquebrantabilidade da Constituição e, por conseguinte, reduzindo sua força normativa.⁷¹

Isso posto, considerando que a estabilidade é uma condição determinante para a eficácia da Constituição, é necessário ser inteligente na interpretação Constitucional, evitando-se revisões desnecessárias do texto, haja vista que, na maioria das vezes, basta uma interpretação conforme os valores da época para se chegar ao resultado pretendido.

Nesta tocante, é preciso chamar a atenção para o ensino jurídico no Brasil, que precisa ser necessariamente revisto se quisermos ver o direito como um fenômeno de transformação social. É necessário construirmos juristas que saibam (ou tenham a capacidade de) interpretar e aplicar a Constituição de acordo com o seu tempo, não se limitando a serem meros reprodutores de ensinamentos ou de textos legais.⁷² É preciso de juristas que saibam a

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 890.

⁷¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, trad Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22.

⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

diferença entre o *produzir* e o *reproduzir* o saber jurídico, e que possam, a partir disto, ser sábios na interpretação Constitucional.

Em suma, “quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição” ⁷³. À conta disso, o papel primordial do Direito Constitucional é o de “realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.” ⁷⁴

Não se pode deixar de chamar a atenção também para o fato de o CPC/15 ter, logo em seu artigo 1º, reforçado normativamente e homenageado o princípio da força normativa da Constituição, ao dispor que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Frisa-se que o princípio da força normativa da constituição é umbilicalmente ligado ao princípio da supremacia da constituição, do qual falaremos um pouco a partir de agora.

Em primeiro lugar, a palavra “supremacia” - conforme Aurélio Buarque de Holanda Ferreira - dá a idéia de superioridade, hegemonia e grandeza. ⁷⁵ Assim, quando se fala em supremacia da Constituição, quer dizer que ela é sublime e se distingue das demais leis por ocupar um local mais elevado, cujo valor jurídico pressupõe a validade de toda a ordem jurídica vigente no Estado.

A Constituição, por sua vez, é o sustentáculo de todas as demais leis de um Estado. Não se quer dizer com isso que as outras normas não possuam imperatividade, muito pelo contrário, mas tão-somente que as normas constitucionais são supremas em relação às demais normas, que devem ser sempre interpretadas com olhos na Constituição.

⁷³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, trad Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24.

⁷⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, trad Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 27.

⁷⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

Logo, o princípio da Supremacia da Constituição pressupõe a “superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado”⁷⁶. Ou seja, nenhum ato jurídico pode ser válido se incompatível com a Constituição. Nas palavras de Hans Kelsen:

A afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição” (anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição.⁷⁷

Paulo Bonavides diz que “não há Estado sem Constituição, Estado que não seja Constitucional”.⁷⁸ No mesmo sentido, José Afonso da Silva ensina que supremacia constitucional

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.⁷⁹

A vontade do povo, condensada na Lei Maior, deve ser motivo do maior respeito e consideração por quaisquer dos Poderes.⁸⁰ O princípio da Supremacia da Constituição, a saber, permite que o julgador afaste a aplicação de uma norma inconstitucional em um caso concreto (controle difuso), bem como atribui ao Supremo Tribunal Federal – diante do controle concentrado - a possibilidade de paralisar, com caráter *erga omnes*, a eficácia de determinada norma incompatível com a Constituição.⁸¹

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 161 p.

⁷⁷ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 300

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.80.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45.

⁸⁰ Nas palavras de Mauro Cappelletti, “as leis mudam, mas permanece a Lei; permanecem os Valores Fundamentais. E uma lei é injusta, logo não é lei, porque viola aqueles eternos valores.” (CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 11.)

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 371.

Frise-se, também, que todos os poderes de um Estado estão vinculados e devem respeito à Constituição. Neste sentido, Celso de Mello ensina que

A AUTORIDADE HIERÁRQUICO-NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA IMPÕE-SE A TODOS OS PODERES DO ESTADO. - Nenhuma razão - nem mesmo a invocação do princípio do autogoverno da Magistratura - pode justificar o desrespeito à Constituição. Ninguém tem o direito de subordinar o texto constitucional à conveniência dos interesses de grupos, de corporações ou de classes, pois o desprezo pela Constituição faz instaurar um perigoso estado de insegurança jurídica, além de subverter, de modo inaceitável, os parâmetros que devem reger a atuação legítima das autoridades constituídas. [...] ⁸²

Portanto, “o sentido e o objectivo do princípio da primazia da Constituição está, em última análise, na segurança e defesa da Constituição enquanto ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade.” ⁸³

Um exemplo clássico em que o texto constitucional foi subordinado à conveniência de interesses de grupos se deu no ano de 1964, quando as Forças Armadas passaram a intervir na condução do país através de atos institucionais e de uma sucessão de emendas Constitucionais. Com efeito, o mais terrível dos atos institucionais foi o AI 5, que rompeu completamente com a ordem Constitucional. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco,

Em 13 de dezembro de 1968, o Governo editou o Ato Institucional n. 5, que ampliava ao extremo os poderes do Presidente da República, ao tempo em que tolhia mandatos políticos e restringia direitos e liberdades básicas. Pelo AI 5, o Presidente da República podia fechar as casas legislativas das três esferas da Federação, exercendo as suas funções, enquanto não houvesse a normalização das circunstâncias. Os atos praticados com fundamento nesse Ato ficavam imunes ao controle pelo Judiciário. ⁸⁴

⁸² ADI 2105 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2000, DJ 28-04-2000.

⁸³ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 712.

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 115

Ora, a Constituição deve sempre funcionar como garantia dos direitos fundamentais, do poder livre e da autoridade legítima em prol da dignidade da pessoa humana. Paulo Bonavides⁸⁵ ensina que “a lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima em proveito da pessoa humana.” Em sentido parecido, Dirley da Cunha Júnior afirma que

A supremacia da Constituição – enquanto princípio jurídico que atribui à Constituição uma força subordinante e a eleva à condição de legitimidade e validade de todas as normas jurídicas positivadas em um dado Estado – é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação dos valores sociais.⁸⁶

Em suma, a Supremacia da Constituição identifica-se como uma necessidade democrática, e, enquanto for respeitada, teremos a garantia de que as liberdades e os direitos fundamentais não serão ofendidos. O art. 489, §1º do CPC/15, por sua vez, reforça a Supremacia da Constituição, pois, ao expressar o que não pode ser considerada uma decisão fundamentada, prepara e indica o esboço de uma decisão fundamentada, em total compasso e garantia das expectativas legítimas dos jurisdicionados e também em respeito ao mandamento constitucional de fundamentação das decisões.

2.4 A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE PARÂMETROS MÍNIMOS PARA UMA DECISÃO JUDICIAL ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA

Em que pese os comandos constitucionais (art. 93, IX e X) sejam claros no sentido de que todas as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade, não existia, até o CPC/15, nenhuma lei que dispusesse o conteúdo mínimo de uma decisão fundamentada ou o que esta deveria conter para assim ser considerada.⁸⁷

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 424.

⁸⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Análise detida das Leis 9.868 e 9.882/99*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2007.

⁸⁷ Cristina Reindolff da Motta, antes do CPC/15, alertava para o problema afirmando que “Embora haja o reconhecimento constitucional acerca da necessidade de fundamentação, não há na lei nenhuma fixação dos requisitos mínimos para que se diga que uma decisão está fundamentada. A falta de fixação desses requisitos mínimos e a manutenção do espectro amplo deixam o cidadão à mercê da discricionariedade, dando espaço a

Michele Taruffo alerta que “o conceito de motivação acaba por ser uma espécie de recipiente vazio, em que se faz comodamente entrar aquilo que se pretende excluir do âmbito do julgado”.⁸⁸

A Constituição de 1988 já impõe ao juiz que motive suas próprias decisões, mas deixa um vazio significativo (e perigoso) no que tange ao sentido substancial de fixação dos parâmetros mínimos de uma decisão adequadamente fundamentada.⁸⁹

A falta de fixação dos parâmetros mínimos de uma decisão adequadamente fundamentada, por sua vez, viabiliza um espaço interpretativo propício a discricionariedades e a decisões que muitas vezes não são compatíveis com o Estado Democrático de Direito — com o Estado Constitucional, com o Estado que se justifica.⁹⁰

Não podemos ficar reféns da subjetividade do órgão julgador, da ideologia do juiz. O julgador pode em algumas situações estar enviesado e provavelmente, nestas hipóteses, irá confirmar o seu pré-julgamento, num claro adiantamento de sentido. Nessa tocante, há de se enaltecer a exigência de motivação quanto ao convencimento, pois este deve ser extraído do direito, e ser veiculado em um processo judicial democrático, de um contraditório substancial,

uma decisão não efetivamente fundamentada e menos democrática. Não há parâmetros que definam se determinada decisão é suficientemente fundamentada ou não. A falta de fundamentação ocorre ou por falta efetiva de uma fundamentação consistente da decisão prolatada, ou por total desatendimento ao ditame constitucional.” (MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 154.)

⁸⁸ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.37.

⁸⁹ A título de enriquecimento, José Rogério Cruz e Tucci, antes mesmo da Constituição de 1988, em crítica ao então sistema brasileiro e proposta ao legislador, afirmou que “*Sem embargo da reconhecida atenção de nosso legislador, e, ainda, de certa providencial tendência da doutrina e da jurisprudência pátrias admitindo a importância da motivação da sentença, inclusive, como garantia ínsita do devido processo legal, a experiência cotidiana está a evidenciar a insuficiência dos dispositivos do Código de Processo Civil atinentes a esse princípio. E isso porque têm ocorrido, como visto, inúmeras e inadmissíveis distorções encontradas na praxe forense de todo País, dentre as quais, as que admitem como suficiente a motivação aparente ou implícita, ou aquelas que simplesmente adotam as razões expendidas por um dos integrantes do processo.*” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.p.153)

⁹⁰ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias destaca que “*Dita garantia (devido processo constitucional) e apontado princípio (Estado Democrático de Direito) não permitem ao juiz pinçar ou selecionar as questões e argumentos que decidirá, segundo seu critério subjetivo, por mais talentoso que seja, escolhendo aqueles pontos que seus entendidos dotes intelectualmente superiores ou sua mente prodigiosa entendam sejam apreciáveis, como se os órgãos estatais julgadores possuísem uma espécie de privilégio seletivo da cognição, que a Constituição Federal, sem sombra de dúvida, não lhes outorga.*” (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed., rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 144.)

cuja decisão — que deve ser íntegra e coerente⁹¹ — seja construída com a participação ativa das partes que serão por ela atingidas.⁹²

Como o “conceito de motivação aparece amplamente indeterminado, sendo, aliás, frequentemente tratado como se tivesse um conteúdo ‘móvel’”⁹³, o art. 489, §1º, do CPC/15 expôs, num rol exemplificativo, que não se considera fundamentada qualquer decisão que não cumpra os requisitos mínimos ali elencados para uma motivação constitucionalmente adequada. Assim, o mencionado dispositivo cria um conteúdo mínimo do que seja uma decisão fundamentada, ou seja, desenha um esboço do que seja uma decisão fundamentada, trazendo maior determinação ao conceito e, via de consequência, densificando o dever constitucional de fundamentação das decisões e possibilitando o controle das decisões judiciais no que tange à motivação.

O direito não deve ser encarado como uma mera questão de escolha do julgador. Num Estado que se quer democrático, com uma constituição forte, há de haver um mínimo de garantia de previsibilidade quanto ao modo de se julgar, há de prevalecer o respeito às expectativas legítimas daqueles que buscam o judiciário para resolução de um problema. A decisão deve ser produto do diálogo, do contraditório efetivo com a participação de todos os atores processuais.

⁹¹ CPC/15. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁹² Sobre o fim do livre convencimento (LC), Lênio Luiz Streck afirma que: “A nossa pergunta pelo processo jurisdicional democrático começa a ser respondida da seguinte forma: o processo deve ser pautado por direitos e suas disposições têm o sentido de limite, de controle. O processo deve servir como mecanismo de controle da produção das decisões judiciais. E por quê? Pelo menos por duas razões: a uma, porque, como cidadão, tenho direitos, e, se eu os tenho, eles me devem ser garantidos pelo tribunal, por meio de um processo; a duas, porque, sendo o processo uma questão de democracia, eu devo com ele poder participar da construção das decisões que me atingirão diretamente. [...] Tenho convicção de que um dos pontos centrais a favor do novo CPC é o abandono do LC. Simbolicamente isso representa o desejo de mudar. Da perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, o juiz não tem a opção para se convencer por qualquer motivo, uma espécie de discricionariedade em sentido fraco que seja; ele deve explicitar com base em que razões, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis, ele decidiu desta e não daquela maneira, conforme bem diz Marcelo Cattoni.” (STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. *Consultor Jurídico*, 19.03.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em: 07.08.2016.)

⁹³ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.36.

Portanto, o direito também não pode ser visto como uma questão de sorte e muito menos como apenas aquilo que os juízes dizem que ele é.⁹⁴ E a motivação constitucionalmente adequada, contendo e respeitando os parâmetros mínimos propostos pelo art. 489, §1º do CPC/15, é ponto de crucial importância no caminho percorrido para concretização da constituição.⁹⁵

2.5 A RAIZ CONSTITUCIONAL DO ART. 489, §1º DO CPC/15 E A SUA IRRADIAÇÃO PARA ALÉM DO PROCESSO CIVIL

Muito embora o âmago do presente trabalho seja direcionado às decisões cíveis, não se pode negar a visão unitária do direito processual⁹⁶, e, por conseguinte, os reflexos do art. 489, §1º do CPC/15 para qualquer decisão proferida no espaço do Estado Democrático de Direito.

A raiz do art. 489, §1º do CPC/15 se encontra na Constituição Federal, mais precisamente no art. 93, IX e X, que determina que as decisões (judiciais e administrativas) serão motivadas. O que o novo CPC apresenta, com rol exemplificativo do §1º do art. 489, é o esboço de uma decisão adequadamente fundamentada, no valoroso esforço para densificar e concretizar o dever constitucional de fundamentação das decisões.

⁹⁴ Rosemiro Pereira Leal assinala que “*O cuidado que se impõe ao falar numa decisão democrática é exatamente identificá-la dentro da estrutura do devido processo constitucional, por suas expansividades judiciais, legislativas e administrativas, como provimento de todos os sujeitos do processo e não do ato humano monocrático ou colegiado decorrente de um dos sujeitos do processo como função ou órgão protetor da estrutura procedimental processualizada que, a rigor democrático, dispensa qualquer forma volitiva de tutela ou cobertura judicial cortesã, porque é na estrutura processual, como espaço jurídico-pluralístico-discursivo, que se legitima toda atividade estatal normativa no paradigma jurídico da democracia.*” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 130).

⁹⁵ Para José Joaquim Gomes Canotilho, “**Concretizar a constituição** traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma da decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1201.)

⁹⁶ “A partir do amadurecimento da conscientização dos escopos do direito processual, o novo Código vem sedimentar, de uma vez por todas, uma teoria geral do direito processual, que, em nível de generalidade superior, sem desconhecer nem desprezar as peculiaridades e divergências específicas, reúne num corpo de princípios comuns o substrato fundamental dos seus vários setores. O direito processual deve assegurar a realização de normas provenientes de outros e quaisquer ramos jurídicos. Qualquer regra que tenha o intuito de concretizar o direito material integrará o direito processual como um todo.” (TUPINAMBÁ, Carolina. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Organizadores: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p.48).

O art. 15 do CPC/15 prevê que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”⁹⁷⁻⁹⁸ Daí podemos afirmar que o novo CPC tornou-se o eixo do direito processual nacional, devendo ser aplicado, no que couber, a qualquer processo, já que o rol do art. 15, assim como o do §1º do art. 489, é meramente exemplificativo.⁹⁹ Nas palavras de Rodrigo Mazzei, “é interessante compreender a extensão do dueto em voga para encaixe do novo CPC como fonte (*supletiva* e *subsidiária*), já que se deve entender que não basta que ocorra a *omissão* no diploma externo a esse, mas que a regra que se pretende exportar seja também *compatível* com o diploma de recepção.”¹⁰⁰ A partir disso, é desejável que se crie, no que for possível, uma unicidade para a *fundamentação das decisões*. E, ao que tudo indica, o art. 489, §1º do CPC/15 é ponto crucial — e o eixo — da estimada unicidade da motivação decisória.

⁹⁷ “Há uma diferença técnica importante entre o CPC ser supletivo e subsidiário a outras leis. Quando uma lei é simplesmente omissa em relação a uma situação concreta, é preciso suprir essa lacuna normativa por meio da utilização supletiva de outra lei. Já quando existe texto normativo para o caso, mas sua aplicação não conduz a um resultado adequado, pode-se falar em subsidiariedade. O CPC, como diz o art. 15, opera em ambas as dimensões: tanto supre lacunas quanto serve de subsídio a casos em que a lei específica não se mostra constitucionalmente adaptada à situação concreta.” (FREIRE, Alexandre; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Art. 15. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 63.)

⁹⁸ “Na ausência de disposições processuais que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições do Código de Processo Civil serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. Nessa linha, na ausência de norma específica, a disciplina do processo civil tem caráter geral- isto é, transsetorial.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 113).

⁹⁹ “A leitura apressada do art. 15 do CPC/15 pode ocasionar o incorreto entendimento de que não há projeção da nova codificação para o processo penal, postura esta que se daria através de uma interpretação literal do rol do dispositivo, extraindo-se, de tal direção desviada, que tal legislação somente se aplicaria nos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos. A premissa é falsa, pois o art. 15 possui rol meramente exemplificativo, tendo sido construído para ser o eixo central do processo nacional. Na verdade, percebe-se que o novo diploma processual civil funciona como fonte que emana um processo comum, com objetivo de dialogar com todos os diplomas orbitais, bastando, para tanto, que ocorra omissão na legislação externa e que haja compatibilidade da regra de transporte e absorção.” (MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. in CABRAL, Antonio do Passo; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Impactos do novo CPC no processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016, no prelo.)

¹⁰⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. in CABRAL, Antonio do Passo; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Impactos do novo CPC no processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016, no prelo.

Destarte, em se tratando de norma que objetiva a densificação de um preceito constitucional, ainda com mais razão o art. 489, §1º do CPC/15 deve ser aplicado para além do processo civil.

3 DA DESUNIFORME INTERPRETAÇÃO REALIZADA PELO STF E PELO STJ DO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOB A ÉGIDE DO CPC/73

Os nossos Tribunais de Superposição (STF e STJ) aparentam-se um tanto confusos no que tange a delimitação-interpretação quanto ao conteúdo necessário de uma decisão adequadamente fundamentada.

Parece existir uma má compreensão dos julgadores sobre o relevantíssimo papel de prestar explicações quanto ao dever de motivar, de modo que tornou-se corrente em decisões judiciais frases ou expressões afirmando que o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos ou teses das partes litigantes, bastando que a decisão contenha fundamentos bastantes a embasá-la ou que tenha enfrentado as *questões relevantes* (do ponto de vista do órgão julgador). Entretanto, para a parte sucumbente todas as questões postas de maneira fundamentada são relevantes. Do mesmo modo, a parte vencedora pode ter uma causa de pedir preferencial, cujo fundamento entende ser mais forte do que, por exemplo, o fundamento escolhido e utilizado pelo órgão julgador para julgar em seu favor a causa, o que legitima e justifica o interesse em ter o seu pedido preferencial enfrentado e julgado.

Ou seja, o julgador não pode, sob a alegação de que não possui o dever de enfrentar todos os argumentos das partes, deixar de apreciar, por exemplo, o ponto principal questionado por determinada parte, seja ela vencedora ou vencida.

Também não pode o julgador simplesmente motivar a sua decisão pinçando os fundamentos de uma das partes que melhor lhe apeteçam e ignorar os fundamentos da outra parte, pois a parte vencida, mais do que a vencedora, possui o direito de saber por qual motivo os seus fundamentos foram refutados em detrimento dos da parte vencedora.¹⁰¹

¹⁰¹ Rodrigo Ramina de Lucca chama a atenção para o fato de que “*desenvolveu-se no Poder Judiciário brasileiro a concepção de que o juiz não precisa se manifestar a respeito de todas as alegações das partes; basta que apresente as razões de seu convencimento. Dito de outro modo, imagina-se que motivar uma decisão seja escolher argumentos que beneficiem a parte vencedora, pouco importando o que foi alegado e produzido pela parte vencida.*” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. O dever de motivação das decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 227-228)

Sobre o assunto, merece trazer à tona elucidativo trecho do voto vencido do Ministro Marco Aurélio no AI 791292 QO-RG:

[...] ressaltar ao Judiciário emitir entendimento explícito sobre todas as causas de defesa, sobre todos os pedidos formulados pela parte. O órgão julgante não está compelido a fazê-lo apenas quando o que articulado se mostre incompatível com o entendimento já adotado no pronunciamento judicial. Lembro-me de que certa vez me deparei, em nota de rodapé de uma publicação do Código de Processo Civil, com um precedente que considerei perigosíssimo. Segundo assentado, o juiz não é um perito e, portanto, não precisa se manifestar sobre todas as matérias de defesa veiculadas pela parte. Digo que o juiz é um perito na arte de proceder e na de julgar e que não existe prestação jurisdicional aperfeiçoada se não se examinarem, até para declarar a improcedência, todos os pontos enfocados pela parte.¹⁰²

Portanto, uma prestação jurisdicional aperfeiçoada exige o enfrentamento — por meio da motivação da decisão — dos fatos e fundamentos, devidamente submetidos ao contraditório, que embasam o pedido formulado.¹⁰³

Todavia, se por um lado temos a louvável manifestação de um Ministro do Supremo Tribunal Federal enaltecendo a necessidade de exame pelo magistrado de “todos os pontos enfocados pela parte” para uma adequada prestação jurisdicional, também nos deparamos, por vezes, com lamentáveis manifestações, tais como — e merece o registro a título de reprovação — o seguinte trecho do voto do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, no AgRg no EREsp 279.889-AL:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina

¹⁰² Ementa: *Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral.* (AI 791292 QO-RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-06 PP-01289 RDECTRAB v. 18, n. 203, 2011, p. 113-118)

¹⁰³ No sentido, Ana de Lourdes Coutinho Silva sustenta que “A ausência de apreciação pelo juiz de todos os fatos e fundamentos que justificam o pedido formulado implica uma resposta insuficiente do Poder Judiciário, não sendo dado ao juiz deixar de examinar todas as causas de pedir trazidas pelas partes, elegendo algumas que serão desconsideradas e aquelas que serão objeto de expressa apreciação por parte dele.” (SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 160.)

de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.¹⁰⁴

Decidir conforme a consciência não é decidir conforme a Constituição. E, enfatiza-se, o Estado Democrático de Direito não pode coadunar com solipsismos e argumentos de autoridade dissonantes com o ordenamento jurídico ou com questões postas e discutidas nos autos de determinado processo.

A decisão judicial não deve ser encarada como a simples decorrência de um sentimento ou de uma escolha pessoal do julgador, pois, repisa-se, num Estado Democrático de Direito, o juiz possui responsabilidade política ao decidir e precisa prestar contas de sua decisão quando representa o “Estado que se Justifica”. Logo, a decisão judicial precisa ser vista como um ato de responsabilidade democrática.¹⁰⁵

Claudio Penedo Madureira ressalta que “a tarefa dos Juízes, quanto ao particular, não se exaure na iniciativa de oportunizar às partes uma manifestação no processo, abarcando, também (e principalmente), a imposição a que eles, Juízes, na motivação de suas decisões, efetivamente considerem e valorem os argumentos apresentados”.¹⁰⁶⁻¹⁰⁷

¹⁰⁴ Trecho do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no julgamento do AgRg no EREsp 279.889-AL, Rel. originário Min. Peçanha Martins, Rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 14/8/2002.

¹⁰⁵ Leonard Ziesemer Schmitz defende que “Encarar a decisão como escolha significa admitir um relativismo inescapável, pois de acordo com a personalidade de quem decide, poderiam existir diferentes respostas para um caso concreto. Volta-se à sentença como sentire.” (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 160.)

¹⁰⁶ MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 242.)

¹⁰⁷ Claudio Penedo Madureira também discorre sobre a importância da valoração pelos juízes dos argumentos apresentados pelas partes: “Assim, será sempre ruínosa e ultrajante uma tentativa sua (dos Juízes), ainda que inconsciente e inadvertida, de valer-se da luz que alumia essa sua dignificante atividade profissional para ofuscar as razões apresentadas pelos contendores, o que ocorre quando eles (Juízes) negligenciam propositalmente os argumentos apresentados pelas partes, recusando-se a deles conhecer e a valorá-los. Com

De todo o jeito, o entendimento dos Tribunais Superiores quanto ao assunto não é unânime, causando desconforto e insegurança aos jurisdicionados, de modo que não se sabe exatamente o que esperar de resposta do Judiciário quando se questiona a aplicação do art. 93, IX da Constituição Federal. Não existe dúvida quanto ao dever de motivar, mas sim com relação ao que, exatamente, deve ser considerado para termos uma decisão fundamentada.¹⁰⁸

Nesse contexto, parece-nos que a adoção da distinção entre *argumento* e *fundamento* pode ser determinante para reduzir as confusões interpretativas e garantir maior segurança, previsibilidade e qualidade na prestação jurisdicional.¹⁰⁹

feito, apenas porque as partes existem, e porque elas divergem entre si, ainda que momentaneamente, sobre determinadas questões práticas de sua vida, é que conferimos a nossos semelhantes o poder julgar, convertendo-os, assim, em Juízes. Esse poder, no entanto, como o do Parlamento, emana do povo, do princípio democrático, embora aqui articulado sob uma acepção renovada de democracia. Desse modo, o magistrado, quando julga uma contenda sem considerar as razões apresentadas pelas partes, transforma-se num “tirano”, deixando, destarte, de ser digno de sua função e da confiança que lhe foi depositada pela sociedade.” (MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 249.)

¹⁰⁸ Rodrigo Mazzei salienta que, “*De modo ligeiro, diz-se que motivar as decisões implica em fundamentá-las, ou seja, traçar de forma explicativa e clara as razões que implicaram no convencimento do julgador ou órgão decisor. Trata-se de contraposição à liberdade e à independência que o nosso sistema processual confere ao juiz ao decidir, fixada no princípio do livre convencimento. A contraposição entre o direito de motivar e o livre convencimento na forma acima faz surgir situação (aparentemente) antagônica no entendimento dos Tribunais acerca da necessidade do conceito de fundamentação completa, pois enquanto alguns precedentes indicam que o órgão judiciário não está obrigado a rebater todas as questões trazidas pelas partes, outros indicam que, pelo dever da motivação, os julgamentos devem explicitar – de forma fundamentada – os temas suscitados pela partes.*” (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012. p. 394-395.)

¹⁰⁹ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero escrevem que “*O conveniente, contudo, é que se explicita o quanto possível o que significa fundamentar uma decisão judicial. Se o contraditório significa dever de diálogo e tem por objetivo influir no convencimento judicial, então é evidente que a sua última expressão está na apreciação séria e detida, na motivação da decisão, dos fundamentos arguidos pelas partes em suas razões processuais. É claro que isto não significa que o órgão jurisdicional está obrigado a rebater todos os argumentos levantados pelas partes. Evidentemente que não. Significa, contudo, que o juiz tem o dever de analisar todos os fundamentos – isto é, todas as proposições que por si só podem determinar a procedência ou a improcedência do pedido – por elas sustentados em suas manifestações processuais*” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 128-129.)

3.1 DA IMPORTANTE DISTINÇÃO ENTRE “ARGUMENTO” E “FUNDAMENTO”

Primeiramente, a título de ilustração, vejamos o significado das palavras *argumento* e *fundamento*, segundo o dicionário Houaiss. A acepção da palavra *argumento* que mais se aproxima do que pretendemos defender é a que apresenta *argumento* como “razão, raciocínio que conduz à indução ou dedução de algo”, de modo que “argumentar” significa “apresentar fatos, ideias, razões lógicas, provas etc. que comprovem uma afirmação, uma tese”. Em contrapartida, a palavra *fundamento* é apresentada como “base, alicerce; [...] base sólida que legitima ou autoriza algo; motivo, razão”, *fundar* significa “estar fincado; firmar-se, assentar-se; [...] tomar como base ou ser a base de; fundamentar(-se)”; e *fundamentar* é tido como “lançar os fundamentos ou alicerces de; fundar; [...] apoiar(-se) em fundamentos; fundar(-se), documentar(-se), justificar(-se)”.¹¹⁰⁻¹¹¹

Feita a colocação acima, basta olhar o significado das duas palavras para ter a ideia de que a palavra *fundamento* carrega consigo mais força e densidade do que a palavra *argumento*. Parece-nos que os *argumentos* se prestam a fortalecer e adjetivar os *fundamentos*, funcionando como reforços retóricos que gravitam ao redor dos *fundamentos*.¹¹² Estes, por

¹¹⁰ As acepções transcritas das palavras *argumento*, *argumentar*, *fundamento*, *fundar* e *fundamentar* foram extraídas do: HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

¹¹¹ O Dicionário Jurídico De Plácido e Silva dispõe, de forma parecida, sobre as duas palavras: “**ARGUMENTO**. Do latim *argumentum*, de *arguere* (convencer, arguir, refutar, afirmar, declarar), é vocábulo que se usa para designar o raciocínio ou arrazoado, seja escrito ou oral, por meio do qual se quer tirar a consequência de uma ou mais proposições, isto é, em virtude do qual se procura provar, mostrar ou evidenciar a veracidade, procedência ou exatidão de afirmação feita. [...] **FUNDAMENTO**. Do latim *fundamentum* (firmeza, fortalecimento), é palavra que se aplica no mesmo sentido de base ou razão, em que se firmaram as coisas ou em que se justificaram as ações. [...] É o motivo determinante e justificativo dos atos jurídicos, em virtude do que eles se autorizam, ou é a razão preponderante para a admissão de um pedido ou satisfação de uma pretensão, que é julgada procedente. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico/atualizadores*: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.)

¹¹² Sobre o assunto, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero destacam que “Para que a decisão possa ser considerada fundamentada no Estado Constitucional, contudo, haja vista especialmente os atuais contornos do direito ao contraditório e o dever de diálogo que este acarreta, o parâmetro de correção da decisão é também externo. Vale dizer: tem o juiz o dever de analisar, séria e detidamente, os fundamentos arguidos pelas partes em suas manifestações processuais. Isto não quer dizer, todavia, que o juiz deve analisar toda e qualquer proposição que a parte tenha levantado para defesa de sua posição jurídica em juízo. De modo nenhum. Deve analisar apenas os fundamentos, isto é, as proposições que por si só podem levar à procedência ou à improcedência do pedido. Não tem o dever de analisar um a um os argumentos sustentados pelas partes. Fundamentos não se confundem com argumentos. Os argumentos são simples reforços retóricos realizados em torno dos fundamentos. A motivação devida no Estado Constitucional é aquela que justifica racionalmente a decisão tomada em efetivo diálogo com as posições jurídicas levantadas pelas partes.” (MARINONI, Luiz

sua vez, possuem espessidão suficiente a não serem ignorados, de modo que a sua inobservância ocasiona a nulidade da decisão por falta de motivação.¹¹³⁻¹¹⁴

Ou seja, enquanto os *argumentos* “são fatos afirmados que não têm, por si só, aptidão de levar à procedência do pedido”¹¹⁵⁻¹¹⁶, os *fundamentos* são “as proposições que podem levar as postulações ao êxito ou ao seu afastamento, seja por razões de forma (questões processuais), sejam por questões de conteúdo de fundo (questões materiais)”.¹¹⁷

Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 42.)

¹¹³ Compartilhamos a ideia de Rodrigo Mazzei, que defende que os fundamentos possuem densidade jurídica e vinculação de análise e de motivação para o órgão julgador. O autor pontua que “*Há dever de decidir (e sempre com motivação) acerca das postulações, pois estas não podem ficar sem respostas. No entanto, acerca dos motivos que sustentam as postulações, o órgão judiciário deve se ater aos seus fundamentos, isto é, o material jurídico que pode levar ao sucesso ou insucesso da ação e/ou do(s) pedido(s). No entanto, fundamentos não se confundem com argumentos, pois os últimos são tão somente raciocínios para fortalecer os primeiros, estes sim com densidade jurídica e com vinculação de análise e de motivação para o órgão judiciário.*” (MAZZEI, Rodrigo Reis. *O dever de motivar e o 'livre convencimento' (conflito ou falso embate?)*: breve análise do tema a partir de decisões do Superior Tribunal de Justiça e com olhos no novo CPC (republicação). *Revista Jurídica* (Porto Alegre. 1953), v. 456, p. 9-22, 2015).

¹¹⁴ Vale registrar também a diferenciação feita por Samuel Meira Brasil Júnior: “*A argumentação desenvolvida pelas partes não se confunde com a fundamentação necessária para justificar uma decisão. Toda fundamentação é feita por intermédio da argumentação, mas nem toda argumentação é justificação suficiente para fundamentar a decisão. As partes podem argumentar de modo mais amplo, e, assim, incluir alguns argumentos irrelevantes para o convencimento do juiz. Cumpre, então, distinguir o mero argumento daquele que constitui o fundamento da decisão. Os tribunais têm reconhecido, reiteradamente, que o julgador não se encontra obrigado a julgar as questões enfrentando estritamente todos os argumentos das partes. [...] Esse entendimento parece-nos correto, pois o julgador não se encontra vinculado aos argumentos das partes. O juiz não precisa responder a toda argumentação da parte, porque nem todo argumento justifica a decisão ou impede a justificação. [...] Nessa medida, os argumentos que o julgador se encontra obrigado a enfrentar são aqueles que formam a razão da pretensão, ou seja, são os fundamentos de fato e de direito que formam a causa petendi e a causa excipendi. Logo, a fundamentação de uma decisão deve, obrigatoriamente, analisar os fatos constitutivos e os fatos lesivos (causa de pedir remota) e a qualificação jurídica dos fatos (causa de pedir próxima), bem como os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito (causa excipendi) e sua respectiva qualificação jurídica. Estes são os argumentos essenciais que o magistrado deve analisar, pois formam a razão da pretensão. A necessidade de enfrentar os demais argumentos decorre da pertinência destes com as razões da pretensão. [...] Logo, todo argumento que pode embasar ou então refutar a causa petendi ou a causa excipendi deve ser examinado pelo juiz.*” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 55-57).

¹¹⁵ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 286.

¹¹⁶ Ana de Lourdes Coutinho Silva assevera que “*O juiz não está mesmo obrigado a responder a todos os argumentos da parte, desde que digam respeito a uma mesma causa de pedir, já apreciada. Tecnicamente, os argumentos são os fatos não-essenciais, acessórios à causa de pedir.*” (SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 160.)

¹¹⁷ MAZZEI, Rodrigo Reis. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012. p. 396.

Outra questão que aparenta claramente que o CPC/15 conferiu maior importância e destaque aos *fundamentos* do que aos *argumentos* é o fato de que a palavra *fundamento(s)* aparece 42 (quarenta e duas) vezes no Código enquanto a palavra *argumento(s)* aparece apenas 2 (duas) vezes, sendo que numa dessas vezes (art. 489, §1º, IV) aparece de forma qualificada, indicando tratar-se de *fundamento*, conforme veremos adiante.

A título de exemplo, a petição inicial não exige a indicação de *argumentos*, mas sim dos fatos e dos *fundamentos* jurídicos do pedido.¹¹⁸ No mesmo sentido, o art. 343 do CPC/15 dispõe que “Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o *fundamento* da defesa.” E mais, o art. 489, II, do CPC/15 traz, como elementos essenciais da sentença, “os *fundamentos*, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”, assim como não se pode olvidar do art. 10 do CPC/15, certamente um dos artigos mais importantes e significativos do novo código de processo civil, que também destaca importância ao *fundamento* quando assinala que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em *fundamento* a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Fica fácil, portanto, de constatar a relevância conferida aos *fundamentos*, sobretudo levando-se em consideração a vinculação de análise e a necessária submissão ao contraditório, pelo órgão julgador, de qualquer *fundamento* utilizado como base para a decisão.

Ademais, buscando no próprio CPC/15 uma definição do que seja *fundamento*, podemos extraí-la do art. 489, §1º, IV, quando assenta que não se considera fundamentada qualquer decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Como dito mais acima, a palavra *argumentos* é utilizada de forma qualificada, de modo que nos parece que um *argumento deduzido no processo capaz de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador* trata-se de um *fundamento*. Ou seja, o *argumento* que possui densidade jurídica suficiente a modificar o rumo decisório não pode ser outra coisa que não um *fundamento*.

Merece também lembrança que a outra aparição da palavra *argumentos* no CPC/15 se dá no artigo 127, que dispõe que “Feita a denunciação pelo autor, o denunciado poderá assumir a

¹¹⁸ CPC/15. Art. 319. A petição inicial indicará: [...] III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

posição de litisconsorte do denunciante e acrescentar novos *argumentos* à petição inicial, procedendo-se em seguida à citação do réu”. A impressão que fica da leitura do artigo é a de que a palavra *argumentos* está dissonante com o restante do código (talvez fruto de uma atecnia), haja vista que não há nada que especialmente a diferencie, por exemplo, de todas as outras aparições da palavra *fundamento(s)*, e, desse modo, entendemos que deva ser lida e interpretada, no art. 127, como a possibilidade do denunciado acrescentar novos *fundamentos* — ou novos *fundamentos* e *argumentos* — à petição inicial. Assim se estará conferindo, pela interpretação, maior coerência ao CPC/15.

Na prática pode haver, em determinadas situações, certa dificuldade em distinguir os *argumentos* dos *fundamentos*. Nos casos em que isso ocorrer, torna-se não só prudente, mas indispensável, o enfrentamento da questão — quer seja ela um argumento, quer seja ela um fundamento. Na dúvida é sempre sadio o enfrentamento da questão suscitada como fundamento, pois evita-se o questionamento, provavelmente por meio de embargos de declaração, que poderia advir do descarte de rebatimento do suposto *fundamento*.¹¹⁹

Aliás, considerando que o órgão julgador não está obrigado a responder todos os argumentos da parte, determinante se faz que, ao descartar o enfrentamento de qualquer argumento, o faça de modo motivado, prestando contas de sua atuação por meio da adequada fundamentação da decisão judicial, explicitando, por exemplo, que não enfrentará determinado ponto por se tratar de argumento utilizado para reforçar fundamento já enfrentado motivadamente.

¹¹⁹ À respeito, Rodrigo Mazzei assevera que “Como em alguns momentos a diferença entre fundamentos e argumentos pode não estar tão evidente, afigura-se de boa técnica - ao se demonstrar que a decisão possui defeito de motivação (ou mesmo de negativa ao acesso à justiça) - a indicação não só do(s) fundamento(s) que necessitam ser explicitados, corrigidos ou aclarados, mas também da sua importância para o deslinde da questão, tendo capacidade de influenciar no resultado, ou seja, no sucesso ou insucesso da postulação que foi decidida com algum(ns) vício(s) que está(ão) no âmbito de correção do(s) embargos de declaração. Nada obstante o acima delineado, é importante se ter em mente que o descarte de fundamento, sob a dicção judicial de assim não se tratar, deve-se dar de forma motivada. Assim, mesmo no julgamento dos embargos de declaração, há o dever de motivar - em contraposição ao livre convencimento - e o órgão julgador deverá trazer motivadamente as razões porque desqualifica a questão apontada pela parte como fundamento relevante, sob pena de violação ao texto constitucional (artigo 93, IX)” (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012. p. 397).

3.2 EXEMPLOS EXTRAÍDOS DE JULGADOS DO STJ E DO STF SOBRE O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO (ART. 93, IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) SOB A ÉGIDE DO CPC/73

O que está contido no dever de fundamentação das decisões judiciais? Como uma decisão deve ser preenchida para que possa ser considerada fundamentada? O que efetivamente precisa ser enfrentado numa decisão e entregue aos jurisdicionados e à sociedade? As respostas a essas perguntas, sobretudo sob a égide do CPC/73, não são uníssonas, muito menos completas, claras, satisfatórias, íntegras ou coerentes, causando inúmeras dificuldades, que vão da insegurança jurídica ao déficit de democracia, ressaltando que a fundamentação das decisões é condição da democracia, do Estado Democrático de Direito, do Estado que se justifica.¹²⁰

Por outro lado, não se pode tachar os nossos Tribunais de Superposição como tribunais que só produzem decisões mal ou insuficientemente fundamentadas, pois verifica-se — e é justo fazer esse registro — também, em várias decisões, a preocupação do julgador com a fundamentação completa e adequada. Para Rodrigo Mazzei, muitas das vezes o que ocorre é um falso embate e a utilização confusa — e como se sinônimas fossem — das palavras *argumento* e *fundamento*, já que, instintivamente e intuitivamente, o órgão julgador acaba por enfrentar os *fundamentos*, que são justamente as questões que possuem densidade jurídica e potência suficientes a interferir no sucesso ou insucesso da ação.¹²¹

¹²⁰ Para Lênio Luiz Streck, “[...] *decisão íntegra e coerente quer dizer respeito ao direito fundamental do cidadão frente ao poder público de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador, um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que é que, ao fim e ao cabo, sustenta a integridade. Na feliz construção principiológica de Guilherme Valle Brum, sempre que uma determinada decisão for proferida em sentido favorável ou contrário a determinado indivíduo, ela deverá necessariamente ser proferida da mesma maneira para os outros indivíduos que se encontrarem na mesma situação. Mais simples ainda: decidir com coerência e integridade é um dever e não uma opção ou escolha: o direito não aconselha meramente os juízes e outras autoridades sobre as decisões que devem (oughtto) tomar; determina que eles têm um dever (have a duty to) de reconhecer e fazer vigorar certos padrões.*” (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. Consultor Jurídico*, 23.04.2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 06.08.2016). Ademais, o autor faz referência ao seguinte livro de Guilherme Valle Brum: “BRUM, Guilherme Valle. *Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 124-150”.

¹²¹ “*Ainda que com colorido não exato das tintas traçadas no presente ensaio, percebe-se que há razoável número de decisões do Superior Tribunal de Justiça que fazem a análise da questão a partir do gabarito traçado [aferição se o vício de motivação alegado pela recorrente refere-se a algum fundamento com capacidade (ou não) de mudar o rumo decisório]. Há precedentes que chegam a ser didáticos, com expressa indicação do fundamento que foi olvidado e da sua relevância para o desenlace da questão, não podendo, por tal passo, serem simplesmente desconsiderados. [...] Assim, não é a literalidade das palavras fundamento e argumento que*

Feitas essas considerações, passemos à análise e realização de comentários sobre alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), mais precisamente no que tange ao dever de motivação. De início analisaremos julgados do STJ, senão vejamos o primeiro:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE OMISSÕES. ACÓRDÃO A QUO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PENSÃO POR MORTE. CONVIVÊNCIA MARITAL RESSALTADA NA ORIGEM. EVENTUAL SEPARAÇÃO DE FATO. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICA E PROBATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não há falar em violação do art. 535, inc. II, do CPC quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes. 2. A acolhida da pretensão recursal, no tocante à existência de relação marital entre o de cujus e a ora recorrida para fins de legalidade da pensão por morte, com a consequente revisão do julgado impugnado, depende de reexame fático-probatório dos autos, o que não é possível em sede de recurso especial por força do óbice da Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg nos EDcl no AREsp 810.868/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 17/03/2016) (grifo não existente no original)¹²²

Nota-se, pela ementa acima, a ênfase destacada ao afirmar a desnecessidade de manifestação expressa sobre todos os *argumentos* apresentados pelos litigantes quando o aresto recorrido

deve ser tirada como pedra de toque no enfrentar da problemática, pois, na realidade, o que deve ser analisado é a densidade jurídica da questão, a fim de saber se ela terá (ou não) potência para interferir no sucesso ou insucesso da ação e/ou do(s) pedido(s), caso seja apreciada com perfeita motivação decisória." (MAZZEI, Rodrigo Reis. *O dever de motivar e o 'livre convencimento' (conflito ou falso embate?)*: breve análise do tema a partir de decisões do Superior Tribunal de Justiça e com olhos no novo CPC (republicação). Revista Jurídica (Porto Alegre. 1953), v. 456, p. 9-22, 2015).

¹²² Em sentido parecido: PROCESSUAL CIVIL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PROCESSO EM FASE DE LIQUIDAÇÃO. ACÓRDÃO IRRECORRIDO. MATÉRIA QUE ANTECEDE A SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA. SÚMULA 7. INCIDÊNCIA. 1. O exame da violação de dispositivos constitucionais (artigos 5º, LIV, LV, XXXV e XXXVI, e 93, IX, da Constituição da República) é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal. 2. Constata-se que não se configurou a ofensa ao art. 535, I e II, 131, 165 e 458 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 3. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007. [...] (STJ - AgRg no AREsp 777.792/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016) (grifo não existente no original). O julgado retro ainda alega, sem motivação suficiente, que “a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado”.

contiver *fundamentação suficiente* a dirimir a controvérsia. Pela análise da ementa, do lado de quem lê sempre ficará a dúvida quanto ao quê exatamente é uma *fundamentação suficiente* a dirimir a controvérsia. Analisando o inteiro teor do acórdão, extrai-se — mesmo que não muito satisfatoriamente — alguma explicação/significado para o termo *fundamentação suficiente* da decisão. No voto do Ministro Mauro Campbell Marques, fica pontuado que existe fundamentação completa para a manutenção do dispositivo determinado no acórdão *a quo* e que a decisão então vergastada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.¹²³ A partir disso, o Ministro colaciona a decisão objeto do recurso, para depois concluir que “tendo em vista o enfrentamento claro e direto de todas as questões relevantes para o deslinde da controvérsia, também não é possível concluir que o acórdão *a quo* não está devidamente fundamentado”, bem como que “o aresto impugnado guardou observância ao princípio da motivação obrigatória das decisões judiciais, por ter analisado suficientemente a controvérsia dos autos de forma motivada e fundamentada”.

Entretanto, quem recorre espera e tem a expectativa legítima de receber uma decisão que não se resume a afirmar que a decisão *a quo* deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. As partes litigantes, sobretudo a parte sucumbente, possuem o direito a uma decisão que enfrente de modo efetivo e eficiente as questões postas nos recursos apresentados, e, na hipótese de não enfrentamento, que seja explicitado o motivo. Quem recorre de uma decisão não quer, não espera e nem deve receber como resposta do seu recurso uma cópia da decisão recorrida. A manutenção da decisão *a quo* deve ser motivada adequadamente. Não se está a

¹²³ Também como exemplo de decisão que utiliza como fundamento basicamente a transcrição da decisão recorrida, afirmando que “*em que pesem as alegações trazidas, os argumentos apresentados são insuficientes para desconstituir a decisão impugnada*”, confira-se: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DECORRENTES DO PLANO REAL. RETENÇÃO UNILATERAL DE VALORES. REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 05/STJ E N. 07/STJ. INCIDÊNCIA. I - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. II - In casu, rever o entendimento do Tribunal de origem, que consignou ser indevido o desconto perpetrado pela contratante relativo à expectativa inflacionária, porquanto cabia à contratada trazer os elementos probatórios suficientes, demandaria necessária interpretação de cláusula contratual, além do imprescindível revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz dos óbices contidos nas Súmulas n. 5 e 7 desta Corte. III - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. IV - Agravo Regimental improvido.” (STJ - AgRg no AREsp 800.316/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 11/03/2016) (grifo não existente no original)

exigir com isso uma decisão complexa ou extenuante, mas que responda minimamente — com coerência, completude e clareza — aos anseios dos litigantes e da sociedade.¹²⁴

No Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.156.668 – DF¹²⁵, foi destacado que o magistrado não está “obrigado a tecer comentários exaustivos sobre todos os pontos alegados pela parte, mas antes, a analisar as questões relevantes para o deslinde da controvérsia”, assim como em sua ementa ficou assentado que “o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.” Entendemos que sempre é prudente ao magistrado, mesmo que de modo sucinto (limitado ao essencial), explicar o motivo de não estar rebatendo em sua decisão este ou aquele argumento trazido pela parte, mesmo que seja para dizer que não enfrentou determinada questão — delineando a questão posta — pois a trata como mero argumento, ou seja, reforço retórico incapaz de modificar o rumo decisório.

Para Sérgio Nojiri, a garantia que o cidadão possui de conhecer as razões que convenceram o magistrado a julgar desta ou daquela forma é tão absoluta que nem mesmo uma emenda, reforma ou revisão constitucional pode retirá-la de nosso sistema, sob pena de desvirtuamento da identidade e estrutura do próprio Estado.¹²⁶

¹²⁴ À respeito, confira-se Rodrigo Mazzei: “*Observe-se que ao se perquirir os motivos que justificam a decisão, a motivação (fundamentação) utilizada pelo julgador deverá ser apresentada de forma coerente, completa e clara, capaz de permitir a identificação da imparcialidade do julgador, o controle da sua legalidade, assim como aferir se a garantia de defesa foi exercida. Por tal passo, não se pode imaginar que a motivação se esgota na existência de fundamentos decisórios, mas na apresentação destes dentro de um gabarito mais amplo, a saber: (a) Coerência - os fundamentos necessitam ser coerentes, pois indicam que o julgador decidiu com os versados nos autos e que o resultado poderia ser diferente se fundamentos outros – que não os dos autos - fossem aplicados. (b) Completude - a fundamentação necessita também ser completa, eis que não se permite que a não análise de questões importantes possam levar a resultado diferente. (c) Clareza - finalmente, a fundamentação há de ser clara, haja vista que deve ser não só compatível, mas também permitir a exata compreensão da decisão e da motivação que a sustenta.*” (MAZZEI, Rodrigo Reis. *O dever de motivar e o 'livre convencimento' (conflito ou falso embate?)*: breve análise do tema a partir de decisões do Superior Tribunal de Justiça e com olhos no novo CPC (republicação). Revista Jurídica (Porto Alegre. 1953), v. 456, p. 9-22, 2015).

¹²⁵ STJ - REsp 1156668/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010.

¹²⁶ NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 69.

Observa-se também, em diversas decisões do STJ ¹²⁷, afirmações dando conta de que o recurso não merece ser acolhido pois os argumentos utilizados pelo recorrente são incapazes de infirmar a decisão objurgada, motivo pelo qual esta deve ser mantida na íntegra pelos seus próprios fundamentos. A conclusão parece correta, pois os argumentos que não são capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, não são de enfrentamento obrigatório, mas é de bom tom que ao menos sejam elencados quais são esses argumentos, pois uma decisão não se sustenta e nem se legitima com a simples alegação de que a fundamentação adotada na decisão recorrida é clara e suficiente para o deslinde da controvérsia, revelando-se desnecessário ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pelas partes. ¹²⁸

Interessante consignar que há decisões, como a proferida no Recurso Especial nº 1561498/RJ (Rel. Ministro MOURA RIBEIRO)¹²⁹, que, num primeiro momento, pontuam e demonstram que “o Tribunal de origem se manifestou sobre todas as questões relevantes para a solução da

¹²⁷ No sentido, a título de exemplo: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE - PEDIDO DE NULIDADE DA SENTENÇA ANTE O CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - PREJUÍZOS NÃO CONFIGURADOS. PARTILHA DE BENS DO CASAL - ALEGAÇÃO DE SUB-ROGAÇÃO DE BEM PARTICULAR - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - ATUALIZAÇÃO DE VALORES DEVIDOS - INCIDÊNCIA DESDE A CITAÇÃO - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. IRRESIGNAÇÃO DE R S DO O. 1. *Quanto à apontada violação do artigo 535 do CPC, não assiste razão ao recorrente, porquanto clara e suficiente a fundamentação adotada pelo Tribunal de origem para o deslinde da controvérsia, revelando-se desnecessário ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte. [...]*” (STJ - AgRg no REsp 1063533/RN, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 15/03/2016) (grifo não existente no original)

¹²⁸ Lênio Luiz Streck insiste que “*O processo é um espaço de construção de soluções democráticas, em que se abre um espaço de discussão intersubjetivo a respeito da melhor interpretação do Direito para um caso específico. É por isso que as partes têm direito de falar. É por isso que o juiz tem a obrigação de dialogar e de levar em consideração todos os argumentos. Não se trata de um favor, mas de direitos e deveres. Se é assim, como compatibilizar esta estrutura com o (de resto, insindicável) convencimento livre de alguém? Por que é tão difícil entender isso? A autoridade para decidir não decorre apenas da investidura dos juízes em seus cargos, mas sim dos argumentos de princípio que estes utilizam para justificar o uso da coerção pública. Quando o juiz expede uma ordem, em nome do Estado, esta ordem é resultado de um processo devido, sem protagonistas, sem buracos negros de legitimidade (a minha consciência, a minha íntima convicção).*” (STRECK, Lenio Luiz. STJ estaria refundando um movimento do Direito Livre para o novo CPC? *Consultor Jurídico*, 28.04.2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-28/senso-incomum-stj-estaria-refundando-movimento-direito-livre-cpc>. Acesso em: 06.08.2016).

¹²⁹ “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE DE PROMESSAS DE COMPRA E VENDA E DE PERMUTA DE IMÓVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. REFORMA DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INTERESSE PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. APLICABILIDADE DA TEORIA DA ASSERTÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. *Não há violação ao art. 535, II, do CPC se foram analisadas as questões controvertidas objeto do recurso pelo Tribunal de origem, afigurando-se dispensável a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados, especialmente no caso em que a análise aprofundada das condições da ação é obstada pela teoria da asserção. [...]*” (STJ - REsp 1561498/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016) (grifo não existente no original)

controvérsia, afigurando dispensável que viesse a examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes”, assim como assinala que o acórdão recorrido decidiu topicamente os pontos principais da controvérsia, colacionando trechos deste para subsidiar sua decisão. Embora haja uma confusão com a palavra *fundamento* ao concluir pela dispensabilidade de exame de todas as alegações e *fundamentos*, nos parece que a palavra foi usada como sinônima de *argumento* e que intuitivamente os fundamentos foram devidamente enfrentados. Entretanto, o Ministro Moura Ribeiro, em seu voto, justifica que “a ausência de todos os argumentos expostos no recurso não implica obscuridade, contradição ou omissão, pois cabe ao julgador apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide.” Ou seja, numa atitude ao menos aparentemente solipsista, faz crer que a decisão judicial é fruto de um ato de escolha do magistrado, quase como que dizendo que não precisa considerar com seriedade e de forma detida os fundamentos das partes e que decidir conforme a consciência (ou que entender por conta própria) é o correto a se fazer. Mesmo que não tenha tido a intenção de expressar isso, é preciso cuidado e atenção ao decidir, para que não oportunize interpretações que diminuam o Estado Democrático de Direito.¹³⁰

Vê-se, também, no âmbito do STJ, decisões mais didáticas e que se preocupam em tornar compreensível o dever de fundamentação e o seu respectivo conteúdo. Nesse sentido e a título de exemplo, observemos o seguinte julgado:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AO MEIO AMBIENTE - COMPROVAÇÃO - APRECIACÃO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ - PRECEDENTES - FALTA DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 E 458, AMBOS DO CPC. [...] 5. O agravante não realizou a contento o cotejo analítico. Também não demonstrou suficientemente as circunstâncias identificadoras da discordância com o caso confrontado, conforme dispõem os artigos 541 do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1º e 2º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. 6. *Não procede também a alegação de violação do artigo 458 do Código de Processo Civil, pois urge ressaltar que a missão do Judiciário é dirimir os conflitos de interesses trazidos a sua cognição, aplicando o direito no caso concreto. Para tanto, valora os fatos à*

¹³⁰ À respeito, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias registra que “[...] o processo constitucional considera que o direito à tutela jurídica, correspondente às garantias consagradas no art. 5º, LV, da Constituição Federal (garantias do contraditório e da ampla defesa), contém, entre outros, o direito de ver a parte seus argumentos considerados em juízo, a exigir do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo, a fim de contemplar as razões desenvolvidas pelas partes. Este direito de ver a parte seus argumentos apreciados pelo órgão estatal julgador corresponde ao dever dos órgãos jurisdicionais de lhes conferir atenção, envolvendo, a um só corpo, o dever de tomar conhecimento e o de considerar com seriedade e de forma detida as razões apresentadas pelas partes, do qual deriva o dever constitucional imposto aos órgãos estatais decisores de fundamentarem as respectivas decisões.” (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed., rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 142.)

luz do direito vigente. Uma prestação jurisdicional eficaz é aquela que exhibe nitidamente os motivos fáticos e jurídicos que edificaram o convencimento do Julgador. Decidir sem revelar as razões não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. 7. O Judiciário legitima-se pela motivação de suas decisões, que penetram no âmago da sociedade, instando esta a conformar-se ou contradizê-las. A jurisdição é um processo dialético em que as partes declinam seus argumentos, que inexoravelmente deverão ser apreciados pelo Julgador. 8. O Tribunal a quo não olvidou da função jurisdicional, apreciando e fundamentando sua decisão. 9. Não ocorreu a alegada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil argüida pelo recorrente, porquanto o Tribunal recorrido apreciou toda a matéria recursal devolvida. 10. Afasta-se, também, o cabimento do recurso especial quanto à suposta violação do dispositivo constitucional, por tratar-se de matéria insusceptível de apreciação por esta Corte de Justiça. 11. Quanto à violação dos artigos ditos violados, impõe-se o não-conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. 12. Quanto à apreciação de violação dos artigos 5º, incisos II, LV, 93, IX, ambos da Constituição Federal, cumpre asseverar que é cediço, neste Tribunal, que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, se encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no Ag 656.919/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 20/08/2008) (grifo não existente no original)

Nota-se, com a leitura do trecho da ementa colacionado acima, que foi dedicada uma atenção maior ao dever de fundamentação, mas, mesmo neste julgado, em que prestigiou e enalteceu-se a apreciação *inexorável*, pelo julgador, dos argumentos declinados pelas partes, concluiu-se, de modo contraditório com o que foi defendido na própria decisão, “que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, se encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu”.¹³¹ Ao analisar a decisão na íntegra, não nos parece que a mesma se encontra mal fundamentada, e é justo que se faça esse reconhecimento, contudo, a sua conclusão leva a entender que é legítimo ao julgador

¹³¹ Em sentido diverso, ou seja, assinalando a necessidade do órgão julgador se manifestar sobre as questões indicadas pelas partes como sendo relevantes para o desfecho da controvérsia, vejamos o seguinte julgado do STJ: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. QUESTÕES SUSCITADAS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. 1.- Incide em violação ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil o órgão julgador que, instado a se pronunciar sobre questões relevantes para o deslinde da controvérsia, permanece silente a seu respeito, causando prejuízo ao embargante. 2.- Recurso Especial provido, anulando-se o Acórdão dos Embargos de Declaração, para que outro seja proferido em expresso julgamento das questões suscitadas.” (STJ - REsp 1195897/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 19/11/2012) (grifo não existente no original)

surpreender as partes litigantes com fundamentos sequer discutidos no seio do processo, ou seja, parece estar a defender e justificar as decisões-surpresa ou de terceira via cujos fundamentos não precisam ser submetidos ao prévio contraditório.^{132- 133} Mais uma vez, para evitar mal compreendidos, é preciso ter responsabilidade ao decidir e com o que se afirma numa decisão judicial.

Ainda no âmbito no STJ, não podemos olvidar de louváveis decisões proferidas, em processos de natureza penal, em respeito, consideração e homenagem ao dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Como exemplo, podemos citar o HC nº 324.847/SC, de Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura¹³⁴, em que foi reconhecida a nulidade do acórdão impugnado por afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, uma vez que o “o aresto impugnado arrimou-se pura e simplesmente no parecer ministerial, não sendo o presente caso daqueles em que há menção a uma peça referencial juntamente com a exposição do entendimento do órgão julgador, que afinal não é o Ministério Público”. Portanto, ficou constatada a ausência de dialeticidade imprescindível à atividade judicante, bem como que a decisão recorrida ignorou os termos das razões recursais, de modo que o órgão julgador não se incumbiu de demonstrar o seu convencimento de maneira fundamentada. Segundo

¹³² A decisão é anterior ao CPC/15, mas sempre que possível faz-se importante enfatizar o conteúdo do seu art. 10, que dispõe que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

¹³³ Para André Cordeiro Leal, “É exatamente o contraditório que vai proporcionar, quanto às oportunidades de pronunciamento, uma atuação equitativa dos partícipes nos procedimentos judiciais. Vai também garantir, em conexão com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões jurisdicionais, que a decisão se fundamente no Direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos.” (LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.p. 77.)

¹³⁴ Segue ementa: “PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, E ART. 35 E ART. 40, III, TODOS DA LEI N.º 11.343/06. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APELAÇÃO. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. NULIDADE. RECONHECIMENTO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento. 2. *Requisito de legitimação, o dever de motivação das decisões judiciais possibilita, numa perspectiva interna do processo, o exercício do direito de se recorrer, e, em uma ótica externa, lastreia a fiscalização da atuação do Estado-juiz, que deverá demonstrar o seu convencimento de maneira fundamentada. Na espécie, além da ausência do tratamento dos termos das razões recursais, lacônico, o aresto guerreado simplesmente transcreveu o parecer ministerial, sem empolgar a imprescindível dialeticidade, traço identificador da atividade judicante. Notabiliza-se que o aresto impugnado arrimou-se pura e simplesmente no parecer ministerial, não sendo o presente caso daqueles em que há menção a uma peça referencial juntamente com a exposição do entendimento do órgão julgador, que afinal não é o Ministério Público.* 3. Habeas corpus não conhecido, ordem concedida, de ofício, para reconhecer nulo o acórdão proferido nos autos da Apelação n.º 2014.054262-8, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que deverá ser refeito, com a apreciação das teses defensivas.” (STJ - HC 324.847/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 12/04/2016) (grifo não existente no original)

entendemos, qualquer decisão *per relationem*, que se reserva a uma justificação contida em outra decisão ou parecer, não pode ser considerada adequadamente fundamentada, na medida em que não preenche a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

De nossa parte, reprovamos o entendimento “no sentido de que não é necessário qualquer complementação pelo magistrado quando, para decidir, se reporta aos fundamentos de outra decisão ou mesmo de manifestação constante dos autos”. Não podemos simplesmente concordar ou nos conformar com decisões judiciais que entendem como válida, a fim de suprir o comando constitucional de fundamentação das decisões judiciais, a mera reprodução de “fundamentos declinados pelas partes, pelo órgão do Ministério Público, ou mesmo por outras decisões prévias”.¹³⁵

No julgamento do Habeas Corpus nº 242.767/SP, pelo voto da relatora Ministra Laurita Vaz, destacou-se que “no acórdão hostilizado não há como sequer identificar as teses suscitadas pela Defesa nas razões da apelação e quais foram os fundamentos utilizados para afastá-las, ocorrendo, dessa maneira, manifesta afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal”. Ademais, restou claro que embora seja aceitável que, na fundamentação da decisão, o

¹³⁵ No Habeas Corpus nº 182.004/SP, o relator Ministro Nefi Cordeiro foi vencido em voto que assinalava, entre outras coisas, que “*Acerca da matéria, firmei compreensão, seguindo orientação do egrégio STF, no sentido de que não é necessário qualquer complementação pelo magistrado quando, para decidir, se reporta aos fundamentos de outra decisão ou mesmo de manifestação constante dos autos. Nesse contexto, é válida a reprodução de fundamentos declinados pelas partes, pelo órgão do Ministério Público, ou mesmo por outras decisões prévias, assim suprimindo ao comando normativo e constitucional que impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. [...] Nesse contexto, ao aproveitar as razões da sentença e do parecer da Procuradoria de Justiça - motivação per relationem -, o acórdão atacado adotou medida de simplicidade e economia, externando de modo certo o convencimento do relator, em igual sentido aos fundamentos prévios que acolheu. Assim, inexistente nulidade a macular o decisum atacado, pois não se tem por ferido o princípio de fundamentação das decisões. Quem decidiu foi o Tribunal da apelação e os fundamentos para isso restaram expressos, irrelevante se eram eles idênticos aos de outros agentes do processo.*” O voto-vencedor, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, entendeu que “*o presente caso ultrapassa todos os limites do aceitável elastério que se queira dar a tal construção*”, restou assim ementado: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) APELAÇÃO. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. NULIDADE. RECONHECIMENTO. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS EXPEDIDO DE OFÍCIO. 1. Tem-se como imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. *Requisito de legitimação, o dever de motivação das decisões judiciais possibilita, numa perspectiva interna do processo, o exercício do direito de se recorrer, e, em uma ótica externa, lastreia a fiscalização da atuação do Estado-juiz, que deverá demonstrar o seu convencimento de maneira fundamentada. Na espécie, além da ausência do tratamento dos termos das razões recursais, lacônico, o aresto guerreado simplesmente transplantou para a "nova decisão" o norte da sentença e o teor do parecer ministerial, sem empolgar a imprescindível dialeticidade, traço identificador da atividade judicante.* 3. *Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para reconhecer a nulidade do julgamento da apelação, que deverá ser refeito, com a apreciação das teses defensivas (com voto vencido).* (STJ - HC 182.004/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 12/12/2014) (grifo não existente no original)

magistrado se reporte a outras peças constantes do processo, o julgado precisa expor, de forma clara, as razões que o motivaram e ensejaram o desprovemento do apelo, garantindo-se às partes e à sociedade a possibilidade de acessá-las e compreendê-las.¹³⁶

Realizados os comentários acima sobre decisões do STJ acerca do dever de motivação, passemos agora a análise de alguns julgados do STF, iniciando-se pelo seguinte:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DA SÚMULA 279/STF. OFENSA AO ART. 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. O Tribunal a quo manteve a sentença que considerou indevida a indenização pleiteada pelo autor. Para se chegar a conclusão diversa, seria necessário reexaminar os fatos da causa, o que é vedado na esfera do recurso extraordinário, de acordo com a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Acórdão recorrido que se encontra devidamente fundamentado, ainda que com sua fundamentação não concorde o ora agravante. *O órgão judicante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento.* Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - AI 712670 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-19 PP-03846) (grifo não existente no original)¹³⁷

¹³⁶ Vejamos a sua ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. TESE DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA PELO TRIBUNAL A QUO MEDIANTE ADOÇÃO DOS FUNDAMENTOS CONSIGNADOS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA E NO PARECER MINISTERIAL. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DAS RAZÕES DE DECIDIR ACOLHIDAS. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. NULIDADE CONFIGURADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. Segundo entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, inexistente nulidade na decisão que acolhe, como razão de decidir, os fundamentos da sentença condenatória ou do parecer ministerial, que, devidamente motivados, examinam todas as teses defensivas. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 2. *No caso específico dos autos, contudo, o Tribunal de origem não se desonerou do dever constitucional de fundamentação previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República, pois se limitou a fazer referência aos argumentos da sentença condenatória e ao parecer ministerial, sem apontar os trechos cuja concordância permitia afastar as alegações defensivas e sem tampouco agregar fundamentos próprios que, ainda que concisos, justificassem o desprovemento do recurso, tornando impossível às partes e à sociedade como um todo avaliar as razões em tese incorporadas à decisão, com notória violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.* Precedentes desta Corte. 3. Ordem de habeas corpus concedida para declarar a nulidade do acórdão impugnado e determinar que se proceda a novo julgamento do recurso, nos termos da fundamentação constante do voto, ficando suspensa a execução das penas aplicadas no caso. (STJ - HC 242.767/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 13/08/2013) (grifo não existente no original)

¹³⁷ No mesmo sentido e também de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, confira-se: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO TRABALHISTA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA AO ART. 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. O exame dos pressupostos de admissibilidade dos recursos trabalhistas encontra-se no âmbito infraconstitucional. Por essa razão, incabível o recurso extraordinário, visto que não há ofensa direta à Constituição federal. Acórdão recorrido que se encontra devidamente fundamentado, ainda que com sua fundamentação não concorde o ora agravante. *O órgão judicante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento.* Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF - AI 690504 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe-092 DIVULG 21-05-2008 PUBLIC 23-05-2008 EMENT VOL-02320-11 PP-02255) (grifo não

Verifica-se, no julgado acima, novamente afirmação no sentido de que a decisão recorrida encontra-se devidamente fundamentada e que “o órgão judicante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento”. Quando o Supremo Tribunal Federal diz isso, ou quando, por exemplo, afirma que “o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão”¹³⁸, está autorizando — ou ao menos dando suporte — a qualquer magistrado do país a decidir conforme desejar, a justificar suas decisões sem se preocupar muito com o que apresentado nos autos do processo objeto de análise e julgamento.

Não basta a afirmação genérica de que a decisão recorrida foi fundamentada de maneira suficiente e que a prestação jurisdicional foi fornecida nos limites da lide proposta, é preciso mais, é necessário que se explique o que é fundamentar de maneira suficiente e o que é fornecer a prestação jurisdicional nos limites da lide proposta. Por exemplo, se a parte opõe embargos de declaração e aponta a existência de omissão na sentença sobre fundamento que o

existente no original); “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA AO ART. 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. Acórdão recorrido que se encontra devidamente fundamentado, ainda que com sua fundamentação não concorde o ora agravante. *O órgão judicante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento.* Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - RE 463139 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00079 EMENT VOL-02219-11 PP-02175)

¹³⁸ No sentido, a título de ilustração: “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. ASSEMBLEIA CONDOMINIAL. CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL. ADOÇÃO DO FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. 1. *O artigo 93, IX, da Constituição Federal resta incólume quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, embora contrário aos interesses da parte.* 2. *O magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.* Precedentes: AI 783.503-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 16/9/2014, e RE 724.151-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28/10/2013. 3. *A decisão judicial tem que ser fundamentada (art. 93, IX), ainda que sucintamente, sendo prescindível que a mesma se funde na tese suscitada pela parte.* Precedente: AI-QO-RG 791.292, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13/8/2010. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: “Apelação. Ação de indenização por danos morais. Apelada que, durante assembleia condominial, fez constar na ata ter o autor realizado ameaça à integridade corporal de seus familiares, em razão de anterior discussão entre as partes. Inexistência de abalo moral. Sentença mantida. (art. 252, do RITJSP). Recurso desprovido”. 5. Agravo regimental DESPROVIDO.” (STF - ARE 829972 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014) (grifo não existente no original). No seu voto, o Ministro Luiz Fux enfatizou também que “*Em que pesem os argumentos expendidos no agravo, resta evidenciado das razões recursais que o agravante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada, razão pela qual a mesma deve ser mantida por seus próprios fundamentos. De início, pontuo que o artigo 93, IX, da Constituição Federal resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, máxime o magistrado não estar obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, quando já tiver fundamentado sua decisão de maneira suficiente e fornecido a prestação jurisdicional nos limites da lide proposta.*”

juiz deveria se pronunciar e, por conta disso, pedir que a referida omissão seja suprida, não basta que o juiz julgue os embargos afirmando tão somente que não há omissão, sem ao menos justificar e esclarecer, mesmo que de modo sucinto, que o fundamento tido como omissso pelo embargante foi devidamente enfrentado. Pode até mesmo concluir que não há omissão, pois, por exemplo, o que foi apontado como não enfrentado não se trata de fundamento, mas de um argumento incapaz de infirmar a tese adotada pelo julgador. O que não podemos aceitar é que o juiz julgue afirmando simplesmente que não há omissão e que o Tribunal, ao julgar a apelação, conclua pela inexistência de falha sob o argumento retórico de que fundamentação sucinta (no caso a fundamentação sucinta seria a mera afirmação do juiz de que não há omissão) não significa falta de fundamentação, afirmando que não há omissão porque o juiz *a quo* se pronunciou em embargos de declaração e disse que não havia omissão. Ora, não podemos concordar que a manifestação do julgador, em embargos de declaração, afirmando pura e simplesmente que não há omissão, supra a omissão decisória, haja vista que afirmar, pura e simplesmente, que não existe omissão, não é enfrentar, não é fundamentar.

A parte sucumbente possui o direito de saber por quais motivos os seus fundamentos foram rechaçados e qual ou quais foram os fundamentos da parte vencedora utilizados para embasar a decisão. Mais do que isso, ambas as partes possuem o direito de saber se a decisão que lhes atinge foi embasada em fundamentos submetidos ao efetivo contraditório, qual seja, aquele contraditório que oportuniza as partes litigantes a influenciarem no rumo decisório, na construção na decisão adequadamente fundamentada e constitucional, fruto de um processo cooperativo, democrático e participativo. E isto precisa ser visto como condição da democracia, e não podemos esquecer que o Direito numa democracia não combina com juízos solipsistas, exigindo, por seu turno, decisões publicamente justificadas.¹³⁹

¹³⁹ À respeito, Claudio Penedo Madureira assinala que “[...] a extensão e a profundidade da motivação construída pelo magistrado para justificar a sua decisão é também decorrência do princípio do contraditório. E que o contraditório, sob tal perspectiva, apresenta-se como eficiente mecanismo de controle da atividade jurisdicional, e como fator de legitimação democrática do processo, assim como das decisões nele proferidas. Por isso destacamos a imperiosidade de os Juízes conscientizarem-se de que precisam submeter-se à dialeticidade do processo, o que impõe (notadamente sob essa acepção renovada de contraditório, cuja aplicação defendemos, com base na doutrina do formalismo-valorativo) que se confira às partes não apenas a prerrogativa de expor suas razões no processo, mas, sobretudo, a real possibilidade de que tais razões venham a influir na solução da contenda. E assentamos que, quando tal não ocorrer, cumpre aos litigantes manejar os mecanismos que o ordenamento jurídico-positivo lhes confere para impor os magistrados a consideração e ao efetivo enfrentamento de suas razões, colhidos, em especial, de nossa sistemática recursal, instrumentos que, conforme verificamos, coligam-na (a nossa sistemática recursal) à idéia de contraditório (Cheim).” (MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 279-280.)

Também são comuns, em decisões judiciais, afirmações consignando que, na compreensão do STF, o texto constitucional somente exige que o órgão julgador explicita as razões de seu convencimento, sem a necessidade do exame pormenorizado de cada argumento esgrimido pelas partes.¹⁴⁰ Mas as razões do convencimento do julgador, a nosso ver, precisam ser extraídas a partir do que foi alegado, provado e submetido ao devido contraditório nos autos do processo em exame. O direito de ser ouvido deve ser levado a sério: não é ouvir simplesmente por ouvir ou para cumprir protocolo, é ouvir para levar em consideração quando no julgar.¹⁴¹

¹⁴⁰ Como exemplo: “EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. ARTS. 5º, § 2º, 37, CAPUT, 174, PARÁGRAFO ÚNICO, E 193 DA LEI FUNDAMENTAL. SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ARTIGO 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. RAZÕES DE DECIDIR EXPLICITADAS PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, II, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 146, III, “B”, DA LEI MAIOR. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (ARTS. 543-B DO CPC E 328 DO RISTF). ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 04.9.2012. Cristalizada a jurisprudência desta Suprema Corte, a teor das Súmulas 282 e 356, de que: “Inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”, bem como que “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. *Inexiste violação do artigo 93, IX, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal entende que o referido dispositivo constitucional exige que o órgão jurisdicional explicita as razões do seu convencimento, dispensando o exame detalhado de cada argumento suscitado pelas partes.* Obstada a análise da suposta afronta aos incisos II, XXXIV, “a”, XXXV, LIII, LIV e LV, do artigo 5º da Carta Magna, porquanto dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, procedimento que refoge à competência jurisdicional extraordinária desta Corte Suprema, a teor do art. 102 da Magna Carta. Exaustivamente examinados os argumentos veiculados no agravo regimental, porque adequada à espécie, merece manutenção a sistemática da repercussão geral aplicada (arts. 543-B do CPC e 328 do RISTF). As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República. Agravo regimental conhecido e não provido.” (STF - ARE 805949 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 19-11-2014 PUBLIC 20-11-2014) (grifo não existente no original)

¹⁴¹ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias registra que “*Dentre as relacionadas garantias constitucionais ou fundamentais sobressaem o contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais, que atuam na dinâmica argumentativa fática e jurídica do processo como procedimento em contraditório, de forma a permitir a geração de uma decisão jurisdicional participativa e democrática, ou seja, um pronunciamento estatal decisório tecnicamente construído em conjunto pelos sujeitos do processo, quais sejam, partes e juiz. [...] Apesar de o juiz não ser um contraditor, deve observar e fazer observar ele próprio o contraditório, que é o meio de assegurar a concretização do princípio da participação democrática das partes no processo, a fim de lhes propiciar todas as possibilidades de influenciarem eficazmente na construção do pronunciamento jurisdicional decisório que ali será proferido.*” (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil. In: coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 1: parte geral. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 295-310)

Na mesma linha do que se comentou acima, vale trazer à tona o Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 806.762, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, senão vejamos a sua ementa:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Reapreciação de fatos e provas. Incidência da Súmula nº 279/STF. Precedentes. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Desnecessidade de o órgão judicante se manifestar sobre todos os argumentos de defesa apresentados. Fundamentação calcada em razões suficientes para a formação do convencimento. Reafirmação da jurisprudência em sede de repercussão geral reconhecida. Precedente. 1. Não é possível, em sede de recurso extraordinário, reexaminar fatos e provas, a teor do que dispõe a Súmula nº 279/STF. 2. *A jurisdição foi prestada, na espécie, mediante decisões suficientemente motivadas, não obstante contrárias à pretensão do recorrente, tendo o Superior Tribunal de Justiça explicitado suas razões de decidir.* 3. *O art. 93, inciso IX, da Constituição não determina que o órgão judicante se manifeste sobre todos os argumentos de defesa apresentados, mas, sim, que ele explicita as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento.* 4. Ao reconhecer a repercussão geral desse tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou essa orientação (AI nº 791.292/PE-RG-QO, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 13/8/10). 5. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF - ARE 806672 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 26-08-2014 PUBLIC 27-08-2014) (grifo não existente no original)

Enquanto o relator, Ministro Dias Toffoli, em seu voto, defendeu a desnecessidade de o órgão judicante se manifestar acerca de todos os argumentos de defesa apresentados, bastando que sejam explicitadas as razões que entender suficientes à formação de seu convencimento, o que chama atenção e merece maior destaque, a nosso ver, é o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, que elevou o dever de fundamentação ao frisar que “deve haver o enfrentamento, na totalidade, das causas de pedir. Apenas abro uma exceção: quando o que assentado no pronunciamento gera a incompatibilidade da análise de outra causa de pedir. Não gerando, há de haver apreciação da defesa”. Outro julgado que merece ser iluminado, sobretudo pelo desvelo em que tratou o dever de fundamentação dos atos decisórios, é o Habeas Corpus nº 74.073/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, cuja ementa é a seguinte:

E M E N T A: HABEAS CORPUS - ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE APELAÇÃO E DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS - IMPUTAÇÃO DE ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO - DECISÕES QUE NÃO ANALISARAM OS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA DEFESA DO RÉU - EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS - INOBSERVÂNCIA - NULIDADE DO ACÓRDÃO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUI PRESSUPOSTO DE

LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. - *A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes. A DECISÃO JUDICIAL DEVE ANALISAR TODAS AS QUESTÕES SUSCITADAS PELA DEFESA DO RÉU. - Reveste-se de nulidade o ato decisório, que, descumprindo o mandamento constitucional que impõe a qualquer Juiz ou Tribunal o dever de motivar a sentença ou o acórdão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu, fundamento relevante em que se apóia a defesa técnica do acusado. (STF - HC 74073, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 20/05/1997, DJ 27-06-1997 PP-30227 EMENT VOL-01875-03 PP-00597) (grifo não existente no original)*

Ao qualificar a fundamentação das decisões como “pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário”, assim como cravar que “a decisão judicial deve analisar todas as questões suscitadas pela defesa do réu”, pena de grave transgressão de natureza constitucional e conseqüente nulidade do pronunciamento judicial, o acórdão em análise demonstra o devido apreço ao dever imposto pelo art. 93, IX, da Constituição Federal.

No julgado em análise, o Ministro Celso de Mello realçou que a exigência de fundamentação das decisões estatais reflete também uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado, funcionando como fator de limitação dos poderes deferidos às autoridades públicas. Enfatizou o Ministro relator, ainda, que o ato decisório em causa não fundamentou, mesmo que sumariamente, o exame de tese essencial para a defesa. Por conseguinte, por deixar de examinar fundamento relevante em que se apoiava a defesa técnica do réu, com sensível prejuízo para este, restou caracterizado o descumprimento do mandamento constitucional que impõe a qualquer Juiz ou Tribunal o dever de motivar a sentença ou o acórdão, revestindo de nulidade o ato decisório.

O STF tem se manifestado, em alguns julgados, no sentido de que “as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões”, assim como que nas hipóteses em que a parte recorrente teve acesso a todos os meios de impugnação previstos na legislação processual e o acórdão recorrido tenha examinado todos os argumentos e motivado suas conclusões de forma satisfatória, não se pode falar em ofensa às garantias da inafastabilidade do controle

jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.¹⁴² Parece-nos que não há problema em as decisões não serem obrigatoriamente analíticas. Contudo, as decisões e as respectivas conclusões, analíticas ou não, precisam extrair suas justificativas do conteúdo discutido nos autos, proporcionando aos litigantes o direito de ter seus fundamentos apreciados de modo manifesto no ato de julgar, sempre com observância ao ordenamento jurídico vigente.¹⁴³ Palavras bonitas em frases bem construídas, desconectadas e desinteiradas do caso concreto, são apenas palavras bonitas em frases bem construídas. O que uma decisão judicial requer é compromisso, zelo, intimidade e debruçamento com o que se julga.

¹⁴² A título de exemplo, vejamos a ementa a seguir, relativa ao julgamento de Embargos de Declaração de relatoria do Ministro Roberto Barroso: “EMENTA: DIREITO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que os embargos declaratórios opostos, com caráter infringente, objetivando a reforma da decisão do relator devem ser conhecidos como agravo regimental (Plenário, MI 823 ED-segundos, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl 11.022 ED, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia; ARE 680.718 ED, Rel. Min. Luiz Fux). 2. A parte recorrente não apresentou preliminar formal e fundamentada de repercussão geral das questões constitucionais discutidas, o que atrai a incidência do art. 327, § 1º, do RI/STF. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Questão de Ordem no AI 664.567, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decidiu que “é de exigir-se a demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas em qualquer recurso extraordinário, incluído o criminal”. Precedentes. 3. O exame do recurso extraordinário permite constatar que, de fato, a hipótese envolveria alegadas violações à legislação infraconstitucional, sem que se discuta o seu sentido à luz da Constituição. 4. Para chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido, imprescindível seria uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos, o que torna inviável o processamento do recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF. 5. *Quanto à alegada ofensa ao art. 93, IX, da Constituição, o Plenário deste Tribunal já assentou o entendimento de que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões.* 6. *Não foram ofendidas as garantias da inafastabilidade do controle jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a parte recorrente teve acesso a todos os meios de impugnação previstos na legislação processual, havendo o acórdão recorrido examinado todos os argumentos e motivado suas conclusões de forma satisfatória.* 7. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.” (STF - ARE 856196 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 14/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 06-05-2015 PUBLIC 07-05-2015) (grifo não existente no original)

¹⁴³ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias elenca, entre os direitos e garantias fundamentais inafastáveis, a “[...] garantia do contraditório paritário e participativo, entendido como a possibilidade de as partes influenciarem e participarem, em igualdade de condições, ao lado do juiz, na construção da solução decisória do processo, assegurando-lhes o direito de ver seus argumentos e razões apreciados com atenção no ato estatal do julgamento, estabelecendo-se, assim, estreita conexão entre a garantia do contraditório com a garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais.”; e a “garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, ou seja, decisões proferidas com irrestrita obediência ao ordenamento jurídico vigente, sobretudo com foco nos princípios da supremacia da Constituição e da interpretação das normas que compõe o ordenamento jurídico em conformidade com os direitos e garantias fundamentais, características marcantes do Estado Democrático de Direito”. (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil. In: coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 1: parte geral*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 295-310)

Outro julgado do Supremo Tribunal Federal que merece ser comentado é o proferido no Mandado de Segurança nº 24.268-0¹⁴⁴, cujo relator para o acórdão foi o Ministro Gilmar Mendes, que conduziu voto belíssimo, merecedor de todos os elogios e que, quanto ao dever de fundamentação, deixou claro que a pretensão a uma tutela jurídica engloba “não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar”. Sobre o direito da parte de ver seus argumentos considerados e contemplados pelo órgão julgador, afirmou que deve ser exigido do juiz — ou da Administração — capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas, assim como não basta que aos argumentos da parte sejam conferidos atenção e conhecimento, exige-se a consideração, séria e detidamente, das razões apresentadas. Nessa mesma trilha, enfatizou-se que é da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões.¹⁴⁵

Portanto, temos exemplos, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, tanto de decisões constitucionalmente fundamentadas quanto de decisões que deveriam ser consideradas nulas¹⁴⁶, por violação ao dever previsto no art. 93, IX, da Constituição

¹⁴⁴ “EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. *Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo.* 4. *Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador.* 5. *Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos.* 6. *O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica.* 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. *Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo.* 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)” (STF - MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922) (grifo não existente no original)

¹⁴⁵ Infelizmente, o próprio Ministro Gilmer Mendes, no julgamento da Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791.292 – PE, datado de 23/06/2010, retrocedeu no seu entendimento, passando a defender “*Que seja reafirmada a jurisprudência da Corte a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem estabelecer, todavia, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas*”.

¹⁴⁶ Sobre o assunto, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, assinalam que “*O entendimento corrente no Brasil até o advento do Novo CPC é inconstitucional e ilegal, por violador do dever constitucional e legal de fundamentação das decisões judiciais, visto que é utilizado como “fundamento” para que o Estado-juíz não enfrente um argumento jurídico da parte, ou seja,*

Federal.¹⁴⁷ O art. 926 do CPC/15, por sua vez, dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”¹⁴⁸ A partir disso, concluímos que, para que uma jurisprudência que se quer consistente, ou seja, íntegra e coerente, é necessário que esteja apoiada em precedentes bem fundamentados, e, para tanto, é imprescindível que os fundamentos suscitados pelas partes tenham sido devidamente enfrentados.¹⁴⁹ Acreditamos que o art. 489, §1º do CPC/15 aparece, em boa hora, com o importantíssimo papel de densificar o preceito constitucional de fundamentação das decisões judiciais, tornando possível a resolução de problemas concretos, ajudando na interpretação da norma e na

mesmo argumentos que invoquem uma norma jurídica são singelamente desconsiderados por inúmeras decisões judiciais, que não os acolhem. Isso fez que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tenha tido de anular diversos acórdãos por considerar que eles não enfrentaram tema “relevante”, assim entendido aquele apto a influir no deslinde da causa. E o problema, na atualidade, como já referido anteriormente, é de índole prática, eis que a ausência de análise de todos os argumentos relevantes, em especial pelos tribunais superiores, induz a falta de coerência e estabilidade, em face da tendência de novos debates e novos argumentos que fomentam a anarquia interpretativa.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 252-273).

¹⁴⁷ No ensaio intitulado “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”, José Carlos Barbosa Moreira ressalta a necessidade do próprio órgão judicial de última instância obedecer ao dever de fundamentar suas decisões: “*Não é a circunstância de estar emitindo a última palavra acerca de determinado litígio que exime o órgão judicial de justificar-se. Muito ao contrário, é nesse instante que a necessidade da justificação se faz particularmente aguda: o pronunciamento final, exatamente porque se destina a prevalecer em definitivo, e nesse sentido representa (ou deve representar) a expressão máxima da garantia, precisa, mais do que qualquer outro, mostrar-se apto a corresponder à função delicadíssima que lhe toca. Não é admissível que a garantia se esvazie, se despoje de eficácia, no momento culminante do processo mediante o qual é chamada a atuar*”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 89-90).

¹⁴⁸ Ainda sobre o art. 926, vale transcrever os seguintes enunciados do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis): Enunciado 453. A estabilidade a que se refere o *caput* do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes; Enunciado 454. Uma das dimensões da coerência a que se refere o *caput* do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência); Enunciado 455. Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação; Enunciado 456. Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico; Enunciado 457. Uma das dimensões do dever de integridade previsto no *caput* do art. 926 consiste na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico.

¹⁴⁹ Freddie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira destacam que “*O art. 926 do CPC impõe aos tribunais o dever de manter íntegra e coerente a sua jurisprudência. Há aí dois deveres: o de integridade e o de coerência. A condição mínima para que se possa dizer que a jurisprudência é consistente - isto é: íntegra e coerente - é estar ela lastreada em precedentes bem fundamentados (art. 489, §1º; art. 927, §1º). A integridade e a coerência revelam-se, também, no enfrentamento dos argumentos suscitados para a formação da tese jurídica do precedente. Quanto mais argumentos suportem a tese jurídica firmada, mais consistente (íntegra e coerente) ela é.*” (DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p.318)

(re)descoberta da ideia sobre o dever de fundamentação a partir da identificação de parâmetros mínimos de uma decisão adequadamente fundamentada.

4 A (RE)DESCOBERTA/EVOLUÇÃO DA IDEIA SOBRE O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO: O ART. 489, §1º DO CPC/15 E A CRIAÇÃO DE PARÂMETROS MÍNIMOS PARA UMA DECISÃO JUDICIAL ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA

Trataremos, no presente capítulo, especificadamente sobre a importância do art. 489, §1º do CPC/15 na relevantíssima (re)descoberta sobre o dever de fundamentação previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

4.1 O ART. 489, §1º DO CPC/15 COMO O ESBOÇO DO QUE SEJA UMA DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA

Parece-nos que o art. 489, §1º do CPC/15 surge justamente para combater a jurisprudência (defensiva) que, muitas vezes distante do caso concreto, busca sustentar, entre outras coisas, que o magistrado não está obrigado a enfrentar todos os fundamentos das partes e aplica — e reproduz — decisões padronizadas e destituídas de sentido para os mais diversos casos.

Desde logo é preciso firmar que as hipóteses previstas nos incisos do §1º do art. 489 são exemplificativas¹⁵⁰, de modo que o caso concreto pode exigir algo a mais do que o contido no exemplário do §1º do art. 489.¹⁵¹ Com efeito, o mencionado parágrafo, ao apresentar hipóteses de decisões que não podem ser consideradas fundamentadas, traça o conteúdo mínimo de uma decisão adequadamente fundamentada.¹⁵²

¹⁵⁰ O Enunciado 303 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis é justamente neste sentido, afirmando que “As hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 489 são exemplificativas”.

¹⁵¹ Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira apresentam outros exemplos em que a decisão judicial se considera não-fundamentada: “(i) quando não expõe um juízo de valor sobre as provas produzidas pela parte vencida; (ii) quando lança mão de fundamentar per relationem sem atentar para circunstâncias específicas; (iii) quando não esclarece a ponderação ou o sopesamento feitos em caso de conflito normativo; (iv) quando não explica a incompatibilidade existente entre a norma constitucional e a norma inconstitucional; (v) quando altera orientação jurisprudencial sem fundamentação adequada e específica.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 341-342.)

¹⁵² Para Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, “Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha. Devemos patrocinar uma aplicação dinâmica e panorâmica dessa fundamentação que gere inúmeros benefícios, desde a diminuição das

Vislumbra-se do art. 489, §1º do CPC/15, portanto, todo um caráter pedagógico, haja vista que explica, por meio de exemplos, o que não pode ser considerada uma decisão fundamentada. Nesse contexto, enxergamos o art. 489, §1º do CPC/15 como o esboço positivado do que seja uma decisão adequadamente fundamentada. E a palavra *esboço* deve ser interpretada como o conjunto de traços iniciais, ou o projeto, de uma decisão judicial fundamentada. E dito isso, é importante frisar duas conclusões: 1) Qualquer decisão judicial que deixar de observar qualquer dos incisos do §1º do art. 489 não será considerada fundamentada; 2) Uma decisão judicial pode estar em consonância com o §1º do art. 489 e ainda assim não ser considerada fundamentada, pois o conjunto de exemplos previsto no mencionado parágrafo retrata um esboço e o caso concreto pode exigir mais do que o ali contido para que se construa uma decisão adequadamente fundamentada.

É indispensável pontuar que o magistrado não precisa e nem deve partir do pressuposto que, estando em conformidade com o art. 489, §1º do CPC/15, suficiente e satisfatória se encontra a decisão para ir a público. Enfatiza-se que o §1º do art. 489 é o esboço do conteúdo mínimo, nunca o esboço da suficiência e da satisfação de conteúdo de uma decisão adequadamente fundamentada. Quanto mais fundamentada e explicativa for a decisão, mais bem-vinda ela será, lembrando sempre que os fundamentos da decisão, nas palavras de Alexandre Freitas Câmara¹⁵³, “são os elementos que permitem a aferição da legitimidade constitucional e democrática dos pronunciamentos judiciais”.

A parte pode até não concordar, *a priori*, com a decisão proferida, mas se esta estiver adequadamente fundamentada, permitirá ao litigante insatisfeito que conheça, com transparência e plenitude, os motivos pelos quais o magistrado decidiu, podendo traçar a sua estratégia de recurso, refutando os fundamentos da decisão, ou até mesmo com esta conformar-se, verificando que sucesso não obteria com a impugnação pretendida.

taxas de reformas recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma nova prática decisória na qual os tribunais julguem menos vezes casos idênticos em face da consistência dos julgamentos anteriores. [...] A ideia é de que se julgue bem das primeiras vezes, não sendo mais possível tolerar decisões superficiais que se repetem às centenas (ou milhares), permitindo idas e vindas, argumentos novos com assiduidade, instabilidade e anarquia decisória. [...] Há que se exigir do magistrado um patamar de cumprimento ao esforço argumentativo mínimo de explicitação de seu pensamento.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 252-273).

¹⁵³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 276.

Portanto, o art. 489, §1º do CPC/15 exerce papel de destaque na densificação do art. 93, IX e X, da Constituição Federal¹⁵⁴, haja vista que surge justamente para complementar e precisar o espaço normativo do preceito constitucional, com o objetivo louvabilíssimo de tornar possível a efetiva concretização do dever constitucional de fundamentação das decisões, contribuindo sobremaneira na solução de problemas concretos advindos, em sua maioria, de interpretações diversas e discordantes (muitas vezes solipsistas) que não dignificam a Constituição Federal.

4.2 O INCISO I DO §1º DO ART. 489 DO CPC/15

O inciso I do §1º do art. 489 do CPC/15 dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”.

Vislumbra-se, logo de início, a preocupação do CPC/15 com o caso concreto, com o resgate do olhar do magistrado para o caso em julgamento, pois se exige do julgador que faça a explicada relação do ato normativo indicado (reproduzido ou parafraseado) com a causa ou a questão decidida. Para Lenio Luiz Streck, “No fundo, o CPC proíbe decisões sem contexto, ou, na linguagem hermenêutica, veda *conceitos sem coisas*”¹⁵⁵.

A importância do inciso reside também no fato de que a ausência de relação com o caso concreto inviabiliza que as partes saibam os motivos pelos quais uma lei foi aplicada, assim como se torna impossível o controle hermenêutico do julgamento que (falsamente) se satisfaz com a mera indicação de um ato normativo.¹⁵⁶ E, como nem sempre o magistrado apresenta as suas ilações de modo racional e controlável, o inciso I do §1º do art. 489 serve justamente “para alertar ao juiz que ele precisa *expor*, em seu pronunciamento decisório, a interpretação

¹⁵⁴ Apesar de o presente trabalho ter ênfase primordial na fundamentação das decisões judiciais, entendemos que o art. 489, §1º do CPC/15 também é aplicável ao processo administrativo.

¹⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 684.

¹⁵⁶ À respeito: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 300-301.

que fez dos fatos, das provas, da tese jurídica e da norma jurídica que lhe servem de fundamento — e, principalmente, expor a relação que entende existir entre os fatos e a norma”¹⁵⁷.

Ou seja, o inciso reclama ao magistrado que, ao utilizar qualquer ato normativo para decidir — seja o indicando, reproduzindo ou parafraseando —, revele também o seu significado e a sua importância para a solução do caso concreto.

4.3 O INCISO II DO §1º DO ART. 489 DO CPC/15

De modo semelhante ao inciso I, o inciso II do §1º do art. 489 do CPC/15 dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

A aplicação de conceitos jurídicos indeterminados — tais como *excepcional interesse social*, *ordem pública*, *dignidade da pessoa humana*, *boa-fé*, *tempo razoável*, entre outros — acaba permitindo uma perigosa margem de discricionariedade ao magistrado, no sentido de possibilitar uma quase infinita flexibilidade interpretativa, abrindo espaço, muitas vezes, para o decisionismo judicial.¹⁵⁸ Quanto mais indeterminado for o conceito jurídico, mais espaço haverá para a intervenção de *considerações de oportunidade*¹⁵⁹. Por conseguinte, a utilização

¹⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 329.

¹⁵⁸ “Assim, não se desvencilha o julgador do dever de fundamentação quando se vale de “conceitos jurídicos indeterminados” sem mostrar como é que tais conceitos se aplicam ao caso a partir do debate em contraditório. Tal como com a menção à norma, o uso de qualquer conceito como “boa-fé”, “boa-fé objetiva”, “dignidade da pessoa humana”, “função social” (etc.) tem de estar atrelado às especificidades do caso concreto, sob pena do seu uso também se mostrar puramente voluntarístico.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 261).

¹⁵⁹ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 708.

de conceitos jurídicos indeterminados exige uma fundamentação especial e reforçada, que explique o motivo concreto de sua incidência no caso em julgamento.¹⁶⁰⁻¹⁶¹

Nesse contexto, torna-se relevante que todo conceito jurídico indeterminado invocado seja submetido ao contraditório, a fim de que as partes possam auxiliar no delineamento e especificação do âmbito do debate no que tange ao conceito jurídico indeterminado suscitado, para que a este seja atribuído o devido sentido no caso em discussão. Dito isso, não se pode olvidar do *Mootness Principle* ou *princípio da vinculação ao debate*, “que estabelece que os tribunais não podem discursar abstratamente sobre regras jurídicas hipotéticas, mas apenas estabelecer as regras que derivam especificamente da análise de cada caso concreto”¹⁶².

Com efeito, para a correta utilização (e em consonância com o CPC/15) de conceitos jurídicos indeterminados, faz-se fundamental que não só o juiz, mas também as partes, no emprego de tais conceitos, explicitem detalhadamente o devido motivo de sua aplicação no caso concreto.¹⁶³⁻¹⁶⁴

¹⁶⁰ “Nessa tarefa de aplicar o ordenamento, averiguando se, efetivamente, houve subsunção do fato à norma, não raras vezes o magistrado se depara com dispositivos que trazem expressões vagas, de conteúdo semântico aberto. Falamos dos textos normativos que contêm conceitos jurídicos indeterminados, assim entendidos aqueles compostos por termos vagos, de acepção aberta, que, por isso mesmo, exigem um cuidado maior do intérprete/aplicador quando do preenchimento do seu sentido.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 330.)

¹⁶¹ A título de exemplo, Rui Medeiros defende que o modo de se atenuar os riscos que uma decisão baseada no conceito jurídico indeterminado *excepcional interesse social* pode causar, passa pela exigência de uma peculiar fundamentação ao se decidir. Para ele, “o alcance residual do fundamento do interesse público de excepcional relevo explica a exigência de uma fundamentação especial ou reforçada”. (MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 710.)

¹⁶² NUNES, Dierle; DERZI, Misabel; BUSTAMANTE, Thomas; NAVARRO, Ana. Recursos extraordinários, precedentes e responsabilidade dos tribunais. *Revista de Processo*, v. 237. 2014.

¹⁶³ “Toda vez que o legislador emprega termos dessa ordem — normalmente enquadrados pela doutrina como conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, regras abertas ou conceitos-válvula, dentre outras denominações — há nessa utilização um verdadeiro pedido de colaboração para que o juiz dê contornos mais nítidos ao significado do termo vago empregado. É por essa razão que a simples invocação do termo vago pelo juiz — e pelas partes em suas manifestações — que se outorgue apropriados contornos ao termo e argumente-se por quais motivos o seu emprego é pertinente no caso concreto não constitui uma razão válida para sustentar qualquer posição jurídica e qualquer decisão. Assim, toda vez que se invocar em juízo um termo vago é preciso mostrar com qual significado ele é empregado, por que razão serve para disciplina do caso concreto e quais os efeitos jurídicos que dele são extraídos. Fora daí, não se considera fundamentada qualquer decisão (arts. 9º, 10, 11 e 489, § 1º, CPC).” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 492-493).

¹⁶⁴ Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “a legislação moderna cada vez mais vem se utilizando de conceitos vagos e indeterminados, cujo referencial semântico não é tão nítido, como meio de adequar-se à

4.4 O INCISO III DO §1º DO ART. 489 DO CPC/15

O inciso III do §1º do art. 489 do CPC/15 dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”.

Não é novidade que os juízes e os tribunais brasileiros têm decidido cada vez mais¹⁶⁵, assim como se observa uma preocupação dos julgadores com o cumprimento de metas que, muitas das vezes, se mostram incompatíveis com a construção de uma decisão constitucionalmente adequada. Não se pode prestigiar a efetividade quantitativa em detrimento (ou em substituição) da efetividade qualitativa.

Multiplicam-se as decisões iguais para casos não tão iguais. O estudo minucioso do caso concreto, por sua vez, fica sem luz diante das dogmáticas teses “*ad quem*”. O inciso ora em estudo busca justamente eliminar do sistema as decisões *prêt-a-porter*¹⁶⁶, ou seja, aquelas decisões que, de tão vagas e genericamente fundamentadas, estão “prontas” — sujeitas muitas vezes somente a um pequeno e simulado ajuste (ligação) com o caso concreto — para justificar as mais diversas decisões.¹⁶⁷

realidade em que hoje vivemos, caracterizada pela velocidade com que as coisas acontecem e os relacionamentos sociais se modificam. Dessa forma, os conceitos vagos podem abranger um maior número de situações concretas. Daí a necessidade de o juiz explicar o motivo da incidência do conceito vago ao caso concreto, para evitar a arbitrariedade na sua aplicação nas decisões judiciais”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*, vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1092).

¹⁶⁵ Diversas pesquisas sobre o assunto (aumento das demandas judiciais e morosidade da justiça, indicação de produtividade dos magistrados, etc.) podem ser encontradas no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>).

¹⁶⁶ Em francês, a expressão *prêt-à-porter* significa “pronto para vestir”, ou seja, trata-se das roupas produzidas em série e com numerações e tamanhos pré-estabelecidos, sem qualquer individualização com o consumidor.

¹⁶⁷ Fabiano Carvalho, ao escrever sobre os poderes do relator nos recursos, adverte ser quase ocioso frisar a relevância que assume o dever constitucional de motivação das decisões judiciais, ressaltando que ao relator não é lícito decidir sem fundamentar, sendo “*Oportuno dizer que o relator não poderá usar fórmulas como: “nego seguimento ao recurso, porque manifestamente inadmissível”, ou, então, “dou provimento ao recurso, porque a decisão recorrida está em divergência com a jurisprudência dominante do Tribunal Superior”. Todas são formas artificiais suficientes para torná-las inválidas. Na verdade, repita-se, uma vez mais, que decisão sem motivação é decisão sem conteúdo, e, conseqüentemente, viola o princípio do acesso à justiça, princípio conexo a outros princípios (contraditório, ampla defesa etc.) [...] A ausência de fundamentação implica nulidade da decisão individual do relator. Nada mais razoável, portanto, que se imponha ao relator o trabalho mental e material, na elaboração de sua decisão, de indicar, com exatidão, os fundamentos fáticos e jurídicos que o levaram a apreciar o recurso unipessoalmente.*” (CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos* — Art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 78-82)

O inciso III presta o esclarecimento no sentido de que não podemos mais consentir com decisões que se confundem — e mais se parecem — com um formulário pronto à serviço de qualquer processo. “Entretanto, não basta um belo discurso técnico, sem a demonstração de que aquele determinado caso concreto subsume-se à previsão normativa. É preciso justificar — e bem — o porquê da adequação do caso concreto à legislação que autoriza a tutela.”¹⁶⁸ - ¹⁶⁹

Assim, ao utilizar qualquer fundamento, mesmo sendo um fundamento que possa eventualmente ser repetido em outros casos, impõe-se ao magistrado que o relacione minuciosamente com o caso concreto. Por óbvio, o ônus de relacionar, de modo detido, os fundamentos indicados com o caso concreto, também é das partes¹⁷⁰ - ¹⁷¹, evitando-se que o processo se convolve num verdadeiro teatro, onde os atores repetem cotidianamente suas condutas em cena, tendo como desenlace um final previamente conhecido por todos. “Em outras palavras: não (mais) existe a possibilidade de se usar uma “sentença padrão” ou “uma sentença em geral”, cabível em diferentes processos. Trata-se, aqui, do prestigiamto daquilo que há muito estava esquecido no direito: o caso concreto”¹⁷².

¹⁶⁸ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 54-55.

¹⁶⁹ Samuel Meira Brasil Júnior defende que “*O juiz deve relacionar a decisão com os fundamentos que a motivaram. Não deve, jamais, utilizar uma pseudo-justificação. Não basta citar doutrina ou jurisprudência que nada tem de comum com o caso. Também não é suficiente para fundamentar uma decisão, a referência abstrata e geral, sem pertinência com a questão. O juiz que utiliza esse artifício, comete o grave equívoco de decidir sem fundamentar. Sua decisão é nula, para não dizer arbitrária, pois destituída de razões. [...] Portanto, a argumentação deve ser efetiva, relacionada ao caso concreto, e não meramente abstrata.*” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 54-55.)

¹⁷⁰ CPC/15: “Art. 319. A petição inicial indicará: [...] III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações; [...] Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir. [...] Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: I - não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto”.

¹⁷¹ Num processo que se quer cooperativo, faz-se fundamental que todos os sujeitos do processo cooperem entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, conforme propõe o art. 6º do CPC/15.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 685.

4.5 O FALSO PROBLEMA DO “TODOS” E A MELHOR INTERPRETAÇÃO A SER DADA PARA A EFETIVA E EFICIENTE APLICAÇÃO DO INCISO IV DO §1º DO ART. 489 DO CPC/15

O inciso IV do §1º do art. 489 do CPC/15 dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Trata-se, talvez, do inciso mais revolucionário — e ao mesmo tempo polêmico — do §1º do art. 489 do CPC/15.

Em primeiro lugar, o inciso chama a atenção para a importância que deve ser atribuída ao contraditório substancial no momento de decidir, pois uma decisão que não contemplar os fundamentos produzidos pelas partes carece da legitimidade necessária a ser reputada fundamentada, e, por conseguinte, será inconstitucional.¹⁷³ O contraditório substancial não revela somente a garantia de participação das partes em simétrica paridade, mas, sobretudo, o necessário e efetivo entrelaçamento “com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões”¹⁷⁴.

No processo civil democrático e cooperativo, com o comando expresso de que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º do CPC/15), “[...] exigir-se que o pronunciamento

¹⁷³ No que tange às decisões colegiadas, Fabiano Carvalho sustenta que um relatório bem preenchido é primordial para viabilizar o devido contraditório e, por conseguinte, para a legitimação democrática da decisão proferida. Segundo o autor, “a decisão colegiada somente é revestida de legitimidade democrática se o relatório transmitir em sessão de julgamento que examinou todos elementos fáticos, argumentativos e probatórios constantes dos autos, a fim de que a turma julgadora considere toda a atividade desenvolvida pelos sujeitos processuais ou terceiros, que de alguma forma participaram do processo (testemunhas, perito, intérprete, oficial de justiça etc), para exercer a influência necessária na formação do acórdão. [...] Assim, a exposição dos fatos que ocorreram no processo, de forma defeituosa, limita o contraditório no órgão colegiado, comprometendo o “modelo cooperativo” do processo civil e, em última análise, põe em risco o “processo justo”. (CARVALHO, Fabiano. A função do relatório no julgamento colegiado - manifestação do princípio do contraditório e perspectiva na duração razoável do processo. In: *Recursos e a razoável duração do processo*. SILVEIRA DE OLIVEIRA, Bruno [et al.] Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 73-74).

¹⁷⁴ LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.p. 105.

jurisdicional tenha apoio tão somente em elementos sobre os quais as partes tenham tido a oportunidade de se manifestar significa evitar a decisão-surpresa no processo”¹⁷⁵⁻¹⁷⁶.

Para a melhor compreensão e interpretação do inciso IV, fundamental se faz o conhecimento prévio da distinção entre *argumento* e *fundamento*, realizada no tópico 3.1 do presente estudo. Entendida a distinção, o que o inciso IV do §1º do art. 489 do CPC/15 exige que seja enfrentado pelo magistrado são os *fundamentos*, ou seja, as proposições com capacidade de levar as postulações ao êxito ou ao seu afastamento, estando o órgão julgador vinculado e obrigado a: 1) submeter os fundamentos ao contraditório; e 2) analisar detidamente os fundamentos submetidos ao contraditório.

Repita-se que a palavra *argumentos* no inciso IV do §1º do art. 489 do CPC/15 é utilizada de maneira qualificada, nos fazendo sustentar que um *argumento deduzido no processo capaz de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador* trata-se de um *fundamento*, haja vista que qualquer *argumento* que possuir densidade jurídica suficiente a modificar o rumo decisório não pode ser considerado outra coisa que não um *fundamento*.

Por vezes pode ocorrer alguma dificuldade em diferenciar os *argumentos* dos *fundamentos*. Quando isso ocorrer, torna-se impositivo o enfrentamento da questão — quer seja ela um argumento, quer seja ela um fundamento —, pois na dúvida deve-se prestigiar o enfrentamento da questão suscitada como fundamento, pois, assim, poupa-se o ulterior e provável questionamento, pela oposição de embargos de declaração¹⁷⁷, sobre o descarte de rebatimento do suposto *fundamento*. Portanto, considerando que o órgão julgador não está obrigado a responder a todos os argumentos da parte, determinante se faz que, ao descartar o

¹⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 151.

¹⁷⁶ Sobre o assunto, Daniel Mitidiero ressalta que “Na quadra teórica do formalismo-valorativo, pois, o direito ao contraditório leva à previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo. Esse dever de debate encontra a sua expressão mais saliente no quando da decisão da causa, haja vista a imprescindibilidade de constar, na fundamentação da sentença, acórdão ou decisão monocrática, o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados, exigência de todo afeiçãoada ao Estado Constitucional, que é necessariamente democrático. Mais: denota a necessidade de todo e qualquer elemento constante da decisão ter sido previamente debatido entre todos aqueles que participam do processo.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 150-151.)

¹⁷⁷ CPC/15: Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

enfrentamento de qualquer argumento, o faça de modo devidamente motivado, prestando contas de sua atuação por meio da adequada fundamentação da decisão judicial, explicitando, por exemplo, que não enfrentará determinado ponto suscitado por se tratar de argumento utilizado para reforçar fundamento já descartado de forma motivada.

Feitas essas considerações, surge a seguinte pergunta: o juiz é obrigado a enfrentar *todos* os *fundamentos* de ambas (ou todas) as partes?

A resposta ao questionamento acima reclama, a nosso ver, uma leitura do processo com olhos no princípio da eficiência¹⁷⁸, previsto no art. 37 da Constituição Federal¹⁷⁹ e no art. 8º do CPC/15¹⁸⁰, deixando claro que a Administração Judiciária deve ser eficiente e que o processo que se quer eficiente é aquele cujos objetivos são eficientemente alcançados. Explica-se: o princípio da eficiência impõe ao julgador o dever de orquestrar as regras processuais com a finalidade de atingir a eficiência¹⁸¹. Leonardo Carneiro da Cunha explica que a *eficiência* “mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados”, sendo que “Quanto maior o rendimento de produção mais eficiente será a atividade desenvolvida”¹⁸².

Com efeito, num Estado Democrático de Direito, processo eficiente é aquele que alcança o resultado pretendido de modo satisfatório, estando intimamente relacionado com a qualidade das decisões proferidas e com o atendimento e observância das garantias e dos anseios

¹⁷⁸ Para Fredie Didier Jr., “[...] o princípio da eficiência dirige-se, sobretudo, a orientar o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional, que deve visar à obtenção de um determinado “estado de coisas”: o processo eficiente.” (DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol 1. 17ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2015. p.101)

¹⁷⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

¹⁸⁰ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹⁸¹ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol 1. 17ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2015. p.102.

¹⁸² CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 233. p. 65-84.

legítimos dos jurisdicionados, tais como a segurança jurídica, a isonomia, a duração razoável, a efetividade, o contraditório e a ampla defesa.¹⁸³

Assim, com apoio no princípio da eficiência, defendemos que o juiz de primeiro grau só está obrigado a analisar pormenorizadamente todos os fundamentos da parte sucumbente. Com relação à parte vencedora, na hipótese de haver mais de uma causa de pedir para um mesmo pedido, o magistrado poderá acolher o pedido com base em apenas uma das causas de pedir, deixando de examinar as demais referentes ao pedido acolhido.¹⁸⁴⁻¹⁸⁵

Ou seja, na existência de vários fundamentos para o mesmo pedido, para o acolhimento deste basta que o magistrado *a quo* enfrente um dos vários fundamentos. Já para o caso de não acolhimento do pedido, o magistrado está vinculado à análise detida de todos os fundamentos suscitados pela parte sucumbente. Portanto, “Se a decisão não analisa todos os fundamentos da tese *derrotada*, seja ela a invocada pelo autor ou pelo réu, será inválida por falta de fundamentação”¹⁸⁶⁻¹⁸⁷.

¹⁸³ E ser eficiente, nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha, nada mais é do que “*adotar medidas satisfatórias para alcançar finalidades preestabelecidas*.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 233. p. 65-84.)

¹⁸⁴ Rodrigo Ramina de Lucca assinala que “*As únicas alegações que podem ser omitidas pelo juiz na motivação são as do vencedor; jamais do sucumbente. Se o autor formula um pedido a partir de três causas de pedir distintas (três demandas cumuladas, portanto), e o juiz julga que a primeira delas é apta para legitimar o pedido, não precisará analisar as demais. Mas de nenhuma forma poderá julgar procedente o pedido do autor sem apreciar todas as razões de defesa do réu, sejam fáticas ou jurídicas*.” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. O dever de motivação das decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 231)

¹⁸⁵ Sobre o assunto, Teresa Arruda Alvim Wambier apresenta o seguinte exemplo: “*Suponha-se, por exemplo, que pedido lastreado em duas causas de pedir, que poderiam ter gerado duas ações diferentes, seja julgado procedente tendo o magistrado acolhido a primeira causa de pedir. A decisão se considera suficientemente fundamentada se dela constar a análise e o acolhimento da primeira causa de pedir, que serviu de base lógica à conclusão da sentença, não sendo necessária a análise da segunda causa de pedir. A razão jurídica em virtude da qual não existe essa necessidade é a amplitude do efeito devolutivo da apelação, que permite ao Tribunal examinar, independente de ter havido impugnação das partes, a outra causa de pedir e, eventualmente, manter a procedência do pedido, rechaçando a causa de pedir eleita como ratio decidendi pelo magistrado a quo e acolhendo aquela sobre a qual este nem se havia manifestado*”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.104)

¹⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 337.)

¹⁸⁷ “*Aí, pois, está o cerne da questão: para acolher o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos de defesa do réu; já para negar o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda*.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 336.)

Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁸⁸ possui um entendimento que, mesmo tendo sido construído sob a égide do CPC/73, a nosso ver continua sendo aplicável e de muita valia, no sentido de que as exigências do sistema processual civil brasileiro são diferentes quando se trata de decisões de juízo singular e de órgão colegiado, uma vez que as decisões de primeiro grau possuem a obrigação de serem apenas suficientemente fundamentadas, ao passo que as decisões proferidas em segundo grau de jurisdição necessitam ser completas. Explica-se: as decisões suficientemente fundamentadas não precisam (embora possam) examinar todos os fundamentos apresentados pelas partes, bastando que enfrentem todos os fundamentos da parte sucumbente, já que, por ocasião do recurso de apelação¹⁸⁹ e seu efeito devolutivo amplo, alguma causa de pedir da parte vencedora que porventura não tenha sido analisada na sentença, é devolvida ao Tribunal. Acerca da profundidade do efeito devolutivo, esta é sempre plena e integral, enfatizando que “[...] o conhecimento do órgão julgador é o mais amplo possível, podendo utilizar-se de todo o material deduzido em juízo, mesmo que a decisão recorrida e o recurso não façam qualquer referência ao mesmo”¹⁹⁰⁻¹⁹¹.

Diferentemente são as decisões proferidas em segundo grau de jurisdição, que não basta que sejam *suficientemente fundamentadas*, necessitam de ser *completas*¹⁹², com o exame meticoloso de todos os fundamentos trazidos pelos litigantes, viabilizando o frutífero uso do contraditório pelo vencido no Tribunal.¹⁹³ “Se assim é, parece que o Tribunal tem o dever de

¹⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁸⁹ Vale destacar que, utilizando-se das palavras de Flávio Cheim Jorge, “A profundidade do efeito devolutivo, especificamente dos recursos ordinários, é regulamentada pelos §§ 1º e 2º do art. 1.013 do CPC/2015, os quais, apesar de se encontrarem no capítulo destinado ao recurso de apelação, a todos os demais recursos são, integralmente, aplicados”. (CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. - 7.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 368.)

¹⁹⁰ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. - 7.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 368.

¹⁹¹ Ainda sobre o assunto, Flávio Cheim Jorge afirma que “Fixada a extensão da impugnação, o tribunal poderá utilizar-se de todo o material de que dispunha o órgão a quo para a elaboração da decisão impugnada. Poderá avaliar todas as questões, todos os fatos, todas as provas, todos os fundamentos das partes, enfim, tudo aquilo que poderia ser objeto de cognição pelo julgador a quo”. (CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. - 7.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 368.)

¹⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 390.

¹⁹³ Sobre o assunto, recomendamos as palavras de Fabiano Carvalho: “Em nosso sentir, o contraditório é absolutamente necessário. O contraditório, como é cediço, funda-se em dois pressupostos básicos e

decidir exaurientemente, dado que essa decisão exauriente é colocada como pressuposto do possível recurso, i. e., do exercício do direito ao contraditório, pelo recorrente”¹⁹⁴. E, como bem apresentado por Fabiano Carvalho, “ou o princípio constitucional é cumprido com exatidão, nos rigores da Constituição e da lei, ou se reduz a simples letra apagada, sem atuação sobre a realidade. Sua flexibilização pela via indireta configura verdadeira violação à garantia constitucional”¹⁹⁵.

Por óbvio, não podemos olvidar da novidade trazida pelo art. 1.025 do CPC/15, que dispõe que “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”. Tal inovação surge para combater a jurisprudência (defensiva) que exigia o prequestionamento expresso como condição de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial¹⁹⁶, superando, sobretudo, a súmula 211 do STJ, que enunciava ser “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo”. Teresa Arruda Alvim Wambier observa, com razão, que “a exigência do prequestionamento decorre da circunstância de que os recursos especial e extraordinário são recursos de *revisão*. *Revisa-se o que já se decidiu*”¹⁹⁷. Ressalta-se, por oportuno, que o art. 1.025 do CPC/15 não retirou dos Tribunais a obrigação de enfrentar todos os fundamentos das partes, somente viabilizou que estas possam levar seus recursos aos Tribunais Superiores

*indissociáveis: necessidade de dar conhecimento da existência às partes dos atos praticados no processo e a possibilidade de manifestação desses atos. [...] Nessa ordem de ideias, ressalta-se que o contraditório não se exaure na resposta, nos atos processuais de primeira instância. Ele atua obrigatoriamente no segundo grau de jurisdição. Seria providência inútil assegurar à parte a oportunidade para levantar questões relevantes para o julgamento da causa durante o primeiro grau de jurisdição se, em segundo grau, não lhe fosse conferido o mesmo direito. [...] Compreende-se, portanto, que a falta de oportunidade para manifestação — resposta — enseja um recurso desprovido de fiscalização pela parte contrária e provoca indesejável desigualdade processual.” (CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos — Art. 557 do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 171-173)*

¹⁹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 105.

¹⁹⁵ CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos — Art. 557 do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 174.

¹⁹⁶ FREIRE, Alexandre; STRECK, Lenio Luiz. Art. 1.025. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1356.

¹⁹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 284.

quando os Tribunais *a quo* teimam em não enfrentar os fundamentos suscitados pelas partes.^{198 - 199}

Parece-nos que, mesmo sabendo que “quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais” (art. 1.013, §2º do CPC/15)²⁰⁰, a parte possui o direito de elencar *fundamentos preferenciais*, e, assim o fazendo, obriga ao magistrado a seguir a ordem preferencial quando for julgar a causa. Suponhamos que a parte faça constar três causas de pedir (CP1, CP2 e CP3) para um único pedido, demonstrando motivadamente a ordem de relevância das causas de pedir, e, por conseguinte, requerendo ao juízo que, na hipótese de não analisar as três causas de pedir, obedeça à seguinte ordem preferencial: CP1, CP2 e CP3. Caso o juiz acolha o pedido com fundamento na causa de pedir CP3, deixando de enfrentar a CP1 e a CP2, a parte possuirá total interesse e direito na oposição de embargos de declaração, para forçar o julgador a analisar a CP1 e, no caso de não acolhimento desta, também a CP2, sob pena da decisão não ser considerada fundamentada, além de violar os princípios da cooperação e da eficiência, pois o resultado, mesmo que pretendido, não terá sido alcançado de modo satisfatório e cooperativo.

Mas não é só. Do mesmo modo que o pedido deve considerar o conjunto da postulação e observar o princípio da boa-fé²⁰¹, exige-se que a decisão judicial seja interpretada a partir da

¹⁹⁸ Pontua-se que o enunciado 585 (arts. 489, §1º, IV; 1038, §3º; 984, §2º) do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis) afirma que “Não se considera fundamentada a decisão que, ao fixar tese em recurso especial ou extraordinário repetitivo, não abranger a análise de todos os fundamentos, favoráveis ou contrários, à tese jurídica discutida”.

¹⁹⁹ “É imperativo, todavia, observar-se que esta dispensa ou esse considerar fictício o prequestionamento pode resolver a situação da parte e deixar de embaraçar o curso do processo quando se trata, por exemplo, de incluir no Acórdão impugnado o dispositivo que teria sido violado, MAS NUNCA QUANDO SE TRATA DA NECESSIDADE QUE ÀS VEZES EXISTE DE FAZER CONSTAR DO ACÓRDÃO DO ÓRGÃO A QUO FATOS QUE DEVERIAM TER LEVADO, SEGUNDO O RECORRENTE, A UMA DECISÃO DIFERENTE DAQUELA QUE FOI PROLATADA. Em casos assim, não há dispensa ou ficção que resolva.”(WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 290.)

²⁰⁰ “O fundamento do pedido corresponde à causa de pedir, enquanto o fundamento da defesa é representado pelas exceções substanciais ou defesa de mérito indireta, através da qual o réu opõe um fato (impeditivo, extintivo ou modificativo) que faz com que seja extraída da afirmação do direito do autor a consequência pretendida”. (CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. - 7.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 370.)

²⁰¹ CPC/15: Art. 322. O pedido deve ser certo. [...] § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé²⁰². A ordem preferencial de causas de pedir serve justamente para que a parte veja analisado o fundamento que entende como mais forte entre aqueles utilizados para embasar determinado pedido. Se o juiz desdenha da ordem preferencial, viola também o princípio da boa-fé. E qualquer decisão que desconsidere, sem qualquer motivo, a análise de uma causa de pedir preferencial, não se encontra em conformidade com o princípio da boa-fé.²⁰³

Suponhamos também que, no exemplo citado acima, a parte oponha embargos de declaração para forçar o julgador a analisar a CP1 e, subsidiariamente, a CP2, tendo o julgador concluído, de maneira fundamentada, que, ao contrário da CP3, tanto a CP1 quanto a CP2 não possuem o condão de levar à procedência do pedido. Mesmo nesta hipótese haverá o benéfico acréscimo de fundamentação na decisão, ocorrendo o fenômeno da integração.²⁰⁴

Outro ponto que defendemos — e merece ser iluminado — acerca dos *fundamentos preferencias*, é a possibilidade destes serem demarcados na fase de saneamento e de organização do processo, prevista no art. 357 do CPC/15²⁰⁵. Ora, na hipótese de as causas de

²⁰² CPC/15: Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

²⁰³ O enunciado 378 (arts. 5º, 6º, 322, §2º, e 489, §3º) do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis) afirma que “A boa fé processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a reprimenda do abuso de direito processual e das condutas dolosas de todos os sujeitos processuais e veda seus comportamentos contraditórios.”

²⁰⁴ Rodrigo Mazzei mostra com precisão que “[...] na hipótese de resolução de omissão pela via dos embargos de declaração, a integração poderá dar-se de duas formas distintas, em demonstração que o efeito devolutivo deste recurso pode ocorrer tanto no plano horizontal (com o aumento na extensão do ato judicial), como no plano vertical (agregando-se novos fundamentos ao ato judicial, ainda que mantendo o mesmo comando). Por um lado, estende-se a superfície do ato judicial, fazendo com que a parte dispositiva da decisão alcance maior resultado judicial, já que o exame da omissão gerará nova questão a ser estampada na parte dispositiva. Por exemplo: caso o julgador não tenha decidido sobre a aplicação da sucumbência, a resolução da omissão aumentará a decisão, agregando-se condenação até então não existente (a decisão será maior na sua extensão). De outra monta, a integração do ato judicial omissor pode ocorrer sem que se expanda a sua parte dispositiva, nos casos em que o acréscimo implicar fundamentação do ato judicial, ou seja, a integração estará contida apenas no bojo do próprio ato judicial, sem que isso gere uma superfície maior de comando decisório. A título ilustrativo, tome-se a hipótese em que o juiz, em sentença, julgue improcedente o pedido do autor, mas analisa (e decide) sobre apenas uma (de duas) das causas de pedir expostas na inicial. Examinando a outra causa de pedir constante da exordial, em resposta aos embargos declaratórios opostos pelo requerente, o magistrado reconhece a omissão e julga a segunda causa, mantendo, contudo, o resultado (improcedência do pedido), pois esta também não tinha o condão de conduzir à procedência do pedido. Neste caso, não se terá alterado a parte dispositiva, mas certamente haverá acréscimo de fundamentação na decisão, não se podendo negar a ocorrência do fenômeno da integração.” (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012. p. 288.)

²⁰⁵ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões

pedir preferenciais não terem sido elencadas na inicial, a audiência de saneamento²⁰⁶ é o momento ideal e oportuno para tanto, assim como para que as partes possam delimitar as questões jurídicas e indicar os fundamentos por ordem de relevância, prestigiando o diálogo, a eficiência, a cooperação, e, por conseguinte, evitando-se também as decisões-surpresa. E mais, ainda que as partes tenham elegido *fundamentos preferenciais* na inicial e na contestação, é importante (quicá imprescindível) que a decisão de saneamento conste a delimitação preferencial dos fundamentos indicados pelas partes. Realizado o saneamento e o juiz não lançar em sua decisão a ordem preferencial de análise dos fundamentos, cabe às partes, nos termos do §1º do art. 357, pedir esclarecimentos e solicitar os ajustes necessários, para que a decisão seja construída de modo compartilhado, com auxílio e influência das partes, como deve ser num Estado Democrático de Direito.

4.6 OS INCISOS V E VI DO §1º DO ART. 489 DO CPC/15 E A SUA NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO CONJUGADA COM O ART. 927 DO CPC/15

O inciso V do §1º do art. 489 do CPC/15 dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, ao passo que o inciso

de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. § 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável. § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz. § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. § 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas. § 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas. § 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato. § 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados. § 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização. § 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

²⁰⁶ O enunciado 298 (art. 357, §3º) do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis) afirma que “A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”.

VI não considera fundamentada qualquer decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. A nosso ver, a interpretação adequada dos incisos V e VI do §1º do art. 489 do CPC/15 requer a análise conjugada com o art. 927 do CPC/15²⁰⁷, que determina que os juízes e os tribunais *observarão*: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I); os enunciados de súmula vinculante (inciso II); os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (inciso III); os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (inciso IV); e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (inciso V).

Ou seja, os termos “*precedente*”, “*enunciado de súmula*” e “*jurisprudência*” (invocados) dos incisos V e VI do §1º do art. 489 do CPC/15 referem-se justamente ao rol previsto nos incisos do art. 927 do CPC/15²⁰⁸, que possui uma espécie de credibilidade diferenciada, ilustrando de antemão quais são as decisões que, para o sistema, são dotadas do *status* de precedente.²⁰⁹ Como bem observado por Leonard Ziesemer Schmitz, os incisos V e VI do §1º do art. 489 do

²⁰⁷ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

²⁰⁸ Sobre o art. 927 do CPC/15, Hermes Zaneti Jr. destaca que: “*Como se trata de um novo paradigma, é necessário analiticamente decompor o texto do CPC/2015 e dogmaticamente reconstruir o sistema processual a partir dele. São cinco incisos referentes aos precedentes obrigatórios, logo vinculantes. O rol descreve a ordem de importância dos precedentes vinculantes entre si.*” (ZANETI JUNIOR, Hermes. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Organizadores: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p.1321).

²⁰⁹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 322.

Novo CPC “Estipulam regras para que o juiz *aplique e deixe de aplicar* “precedentes” de forma conectada ao caso concreto”²¹⁰.

Diante disso, surge o receio de que os precedentes²¹¹ possam, desconectados com o caso concreto, ser pinçados ao capricho do julgador para conferir a aparente ideia de fundamentação adequada, quando, na verdade, estarão apenas camuflando, estrategicamente, as preferências de quem julga.²¹² Portanto, devemos ficar atentos e ter bastante cuidado com o juiz *camaleão*²¹³, ou seja, aquele juiz que decide primeiro e depois vai buscar a legitimação da sua escolha pessoal num precedente qualquer (precedente-surpresa), sem a realização do cuidadoso cotejo analítico do caso paradigma com o caso concreto, ao arrepio deste último.

É importante insistir que o Estado Democrático de Direito não comporta o exercício de funções públicas irresponsáveis; a decisão judicial e o ato de decidir não podem ser encarados como um mero quebra-cabeça em que o caso concreto é o jogo e os precedentes são as peças a serem encaixadas para a formação do todo (decisão judicial). A aplicação de um precedente exige interpretação cuidadosa, submissão ao contraditório e fundamentação reforçada que demonstre que o caso concreto deve sofrer a vinculativa influência de uma decisão anterior.

²¹⁰ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 340.

²¹¹ Ao utilizar a palavra “precedente(s)” no presente tópico, estaremos nos referindo ao rol do art. 927 do CPC/15.

²¹² “Invocar o texto de decisões passadas como fundamento normativo não pode jamais ser maneira de esconder, velar, mascarar uma decisão conforme as preferências de quem julga. [...] O importante é que a questão seja decidida de forma coerente, utilizando-se os “precedentes” como parâmetros normativos e elaborando o raciocínio jurídico escorado no que por eles foi estabelecido. A posição do julgador em relação aos “precedentes” deve ser, como em qualquer outra situação em que um intérprete se depara com um texto, de diálogo, e não de submissão. Aplicar uma decisão anterior, uma ementa ou uma súmula, como fundamento para julgar um caso concreto, depende portanto de uma contextualização que só pode ocorrer na fundamentação da decisão. A legitimação da decisão através da fundamentação é agravada no caso dos precedentes, pois fala-se aqui de uma fundamentação baseada em “outra fundamentação” sendo redobrada a necessidade de exposição concreta do raciocínio jurídico. O “precedente”, assim, só poderá ser aplicado quando for efetivamente demonstrado que se tratam de casos em que o legal reasoning é análogo”. (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 339-340.)

²¹³ A palavra *camaleão*, numa das acepções do dicionário Houaiss, significa “*pessoa que muda fácil e rapidamente de aparência, comportamento ou caráter, intencionalmente ou não*”.

Considerando que estamos diante de um novo modelo que propõe a valorização dos precedentes²¹⁴, torna-se imprescindível que estes sejam amplamente divulgados pelos tribunais²¹⁵. Não só isto, como também é urgente que o acesso aos precedentes seja facilitado, tanto para os julgadores e advogados, quanto para quem quer que seja: partes, imprensa, sociedade. A divulgação e disponibilização dos precedentes de modo facilitado, com a devida catalogação (demonstração dos fundamentos determinantes, separação por assunto, etc.), é medida que se impõe na construção de um processo civil cooperativo e democrático, evitando-se, ainda, a utilização dos malfadados *precedentes-surpresa*²¹⁶.

²¹⁴ Sobre a importância dos precedentes do CPC/15 na construção de um sistema jurídico mais racional, Carlos Frederico Bastos Pereira e Hermes Zaneti Jr. pontuam que “*O CPC/2015 é um código do Estado Democrático Constitucional (artigo 1º), com um compromisso interno de prestar a tutela jurisdicional de forma tempestiva, adequada e efetiva (artigo 4º) e um compromisso externo de preservar a coerência e integridade do ordenamento jurídico (artigo 926). O cumprimento desses predicados somente ocorrerá mediante a consolidação dos dois discursos produzidos pela decisão judicial: o discurso do caso concreto, visando à tutela dos direitos para as partes envolvidas, e o discurso do precedente, em prol da unidade do Direito para o ordenamento jurídico. O modelo de precedentes do CPC/2015 tem o potencial de ser a maior contribuição do Direito Positivo brasileiro aos anseios de um sistema jurídico mais racional, desde que a sua aplicação seja compreendida a partir da integração de trabalho entre juízes e legisladores, com a finalidade voltada para a tutela dos direitos. Olha-se aqui pela janela, para o futuro do Direito; não pelo retrovisor, para aquilo que vivemos até hoje. A lei poderá significar uma importante mudança cultural, cabe aos juristas e aos tribunais assumir o compromisso interpretativo e garantir sua operabilidade.*” (PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JUNIOR, Hermes. Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional. *Consultor Jurídico*, 16.04.2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional>. Acesso em: 02.06.2016).

²¹⁵ O enunciado 433 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis) defende que “*Cabe à Administração Pública dar publicidade às suas orientações vinculantes, preferencialmente pela rede mundial de computadores*”. Em sentido parecido, vejamos o enunciado 591 do FPPC: “*O tribunal dará ampla publicidade ao acórdão que decidiu pela instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade, incidente de assunção de competência ou incidente de resolução de demandas repetitivas, cabendo, entre outras medidas, sua publicação em seção específica no órgão oficial e indicação clara na página do tribunal na rede mundial de computadores.*”

²¹⁶ Não palavras de Dierle Nunes, “*quando não se divulgam bem os precedentes, de modo a facilitar o acesso de seu teor a todos os profissionais, corre-se o risco, como alude Duxbury no sistema anglo-americano, ao uso dos denominados “precedentes-surpresa” — provenientes de situações em que o julgador “saca” do banco de dados um julgado para dar fundamento à sua decisão que não foi devidamente publicizado a comunidade jurídica. [...] Em assim sendo, percebe-se que a adoção de um sistema normativo de precedentes induz uma mudança brutal tanto da racionalidade de se decidir e de se postular, quanto no modo de se promover a publicidade dos julgados dos tribunais, mostrando a completa insuficiência de se divulgar prioritariamente (com destaque) as ementas, que possuem função eminentemente catalográfica e com recorrência não espelham os principais fundamentos decisórios dos acórdãos. Venho denunciando há bons anos os problemas provenientes do desconhecimento do modo como os tribunais decidem. Não é incomum, numa mesma câmara ou turma de um tribunal, se encontrarem decisões díspares sobre o mesmo tema. Chega-se ao absurdo do mesmo julgador, na condição de relator (ou vogal), proferir decisões diferentes em casos idênticos — inclusive na mesma sessão de julgamento. Todo este quadro seria sensivelmente reduzido se houvesse uma mudança real do uso da publicidade destas decisões na qual se ofertasse, de modo temático, a cadeia de decisões do tribunal sobre determinado assunto, desde o seu primeiro julgado (leading case), de modo que se indicassem, além da ementa, os argumentos suscitados pelas partes, os fundamentos determinantes, os dispositivos normativos a ela relacionados e as questões e teses enfrentadas no pronunciamento. Tal trabalho precisaria ser feitos por profissionais que consigam criar métodos de extração dos julgados das reais razões utilizadas.*” (NUNES, Dierle. Tribunais precisam rever publicidade dos precedentes e julgados. *Consultor Jurídico*, 25.05.2016).

E o adequado e ampliado acesso aos precedentes indicados no art. 927 do CPC/15 demonstra-se demasiadamente importante diante da novel legislação processual, sobretudo se considerarmos a permissão que o art. 332 do CPC/15 confere ao juiz para julgar liminarmente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; e IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. Parece-nos que a autorização concedida pelo art. 332 do CPC/15 faz com que surja para a parte a indispensável incumbência de comprovar, desde a petição inicial, a distinção do caso concreto com os precedentes obrigatórios arrolados no art. 927 do CPC/15.²¹⁷ Logo, em assim procedendo, estará a parte se resguardando contra uma sentença liminar de improcedência do seu pedido (art. 332 do CPC/15).

Por óbvio, para um sistema que busca a uniformização de sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC/15), o órgão julgador, na valiosíssima tarefa de julgar de modo fundamentado e em respeito e observância ao art. 93, IX da Constituição Federal, densificado pelo §1º do art. 489 do CPC/15, precisa observar, com aprimorada atenção, o rol impositivo de pronunciamentos previsto no art. 927, sob pena de nulidade da decisão por desobediência ao dever de fundamentação.

Realizadas as considerações acima, passemos a análise do inciso V do §1º do art. 489, que considera como *não fundamentada* a decisão judicial que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Ora, ao invocar qualquer precedente ou

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-25/dierle-nunes-tribunais-rever-publicidade-precedentes>. Acesso em: 31.05.2016).

²¹⁷ O art. 932 CPC/15 — mais precisamente as hipóteses previstas nos seus incisos IV e V — é outro exemplo da valorização que a novel legislação confere aos precedentes obrigatórios, senão vejamos: “Art. 932. Incumbe ao relator: [...] IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”.

enunciado de súmula para decidir, é fundamental que se investigue minuciosamente a identificação do precedente paradigma com o caso concreto, não devendo ser admitida a imposição do precedente por *mera subsunção*²¹⁸ ou sem a sujeição ao contraditório substancial. Exige-se do órgão julgador, portanto, que interprete e explique a adequação e pertinência do aproveitamento (ou ajustamento) dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*)²¹⁹ do precedente ao caso em julgamento, pois somente assim o dever de fundamentação terá sido correta e adequadamente preenchido. Como bem colocado por Hermes Zaneti Jr., “o dever de fundamentação adequada incide, em especial, na formação e aplicação da *ratio decidendi*. Para a aplicação do precedente, deve ser demonstrada pelo juiz ou tribunal a incidência em concreto dos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*)”²²⁰.

Já o inciso VI do §1º do art. 489 considera *não fundamentada* a decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Para a melhor compreensão do inciso, algumas considerações preliminares são de extrema valia: a) quanto aos termos “*enunciado de súmula*”, “*jurisprudência*” e “*precedente*”, o intérprete deve concentrar o seu olhar para os pronunciamentos previstos no art. 927, ou seja, para os chamados *precedentes obrigatórios* (ou *vinculantes*); b) o que vincula ou obriga a observância pelo juiz não é o *enunciado de súmula*, mas os fundamentos determinantes (a *ratio decidendi*) dos precedentes que deram origem ao *enunciado de súmula*; c) o juiz não é

²¹⁸ Segundo Lenio Luiz Streck, “*Enunciados jurisprudências — vinculantes ou não — somente proporcionam a resposta correta adequada à Constituição quando compreendidos a partir de um olhar hermenêutico. Ementários não podem ser aplicados, portanto, de forma irrestrita e por “mera subsunção”. É isso que o dispositivo pretende proibir. É lugar comum “fazer” doutrina mediante o uso de pautas gerais. Aliás, isso é recorrente tanto na doutrina como nas práticas jurídicas. Tem sido comum a menção de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se às decisões dos tribunais a tarefa de atribuição do sentido das leis. O recurso a um enunciado pode até confortar uma orientação ou demonstrar a viabilidade jurídica de um entendimento, mas nunca fundamentar, de per si, a decisão.*” (STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In:_____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 686.)

²¹⁹ Com acerto, Teresa Arruda Alvim Wambier conclui que “*Afinal, como a causa de pedir qualifica o pedido, a ratio decidendi qualifica o decisum.*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 294.)

²²⁰ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Organizadores: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p.1328.

obrigado a demonstrar a existência de *distinção* ou *superação* do entendimento nas hipóteses em que a parte apresentar *jurisprudência* não compatível com o rol do art. 927, devendo receber e enfrentar a *jurisprudência* invocada como um *fundamento*, isto é, desde que a parte realize o devido cotejo analítico da jurisprudência apresentada com o caso concreto; e d) o juiz de primeiro grau não possui a faculdade de realizar a superação (*overruling*) de um precedente obrigatório, pois apenas o Tribunal que criou o precedente tem o condão de superá-lo²²¹. Assim sendo, o juiz pode demonstrar que o precedente obrigatório suscitado já foi superado pelo tribunal que o construiu, deixando de segui-lo, mas jamais ele próprio (o juiz) realizar a superação. Pode também o magistrado não concordar com o precedente obrigatório e construir — e expressar — sua fundamentação nesse sentido, provocando uma oxigenação da corte que produziu o precedente. Mas, em sua conclusão, na hipótese do precedente se ajustar ao caso em julgamento, deve o julgador decidir *observando* a conclusão adotada no precedente e os seus respectivos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*).

Com efeito, é papel do julgador submeter o precedente obrigatório invocado ao contraditório, e, entendendo que o precedente cuida de situação diversa da apresentada no caso concreto, demonstrar fundamentadamente a existência de distinção (*distinguishing*) para deixar de segui-lo. Nesse sentido, vale transcrever o Enunciado 306 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis), que anuncia que “o precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”.

No que tange à superação do precedente, como já dito, não cabe ao juiz realizá-la, e, em respeito à estabilidade, integridade e coerência do sistema jurídico (art. 926 do CPC/15), na interpretação do precedente vinculante e conclusão pelo ajustamento deste ao caso concreto, é dever do juiz aplicá-lo, mesmo com todas as ressalvas que possa ter contra a sua aplicação. Dito isso, mesmo que não possa realizar a superação (*overruling*), é fundamental que o juiz explicita, em sua decisão, todos os fundamentos pelos quais entende que o precedente vinculante aplicado não merece mais subsistir, contribuindo, desse modo, com a sua futura superação ou modificação pelo tribunal que o instituiu.

²²¹ “Apenas as cortes supremas podem superar os próprios precedentes. Em outras palavras: apenas o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e o Superior Tribunal de Justiça, em matéria federal, podem superar os seus respectivos precedentes.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 494).

4.7 DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A GARANTIA DA (ADEQUADA) FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA

O art. 1.022 do CPC/15 dispõe caber embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: (I) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; (II) suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; e (III) corrigir erro material. Por conseguinte, o parágrafo único do artigo traz duas hipóteses exemplificativas de decisão omissa, quais sejam: (I) a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; e (II) a decisão que incorrer em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Vislumbra-se mais um exemplo da preocupação e do compromisso do novo código de processo civil com o dever de fundamentação adequada, sobretudo com a necessidade de o órgão julgador, ao decidir, estar sempre atento ao esboço de uma decisão fundamentada delineado pelo art. 489, § 1º, que densificou (preencheu, complementou e precisou) o espaço normativo do art. 93, IX da Constituição Federal, contribuindo e tornando possível a solução de problemas concretos no que diz respeito à adequada fundamentação das decisões judiciais.

Parece-nos que quando o CPC/15 afirma que os embargos de declaração se prestam a suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, o critério para concluir se uma questão ou ponto exige o manifesto enfrentamento pela decisão não pode ser exclusivamente do juiz, mas sim fruto do contraditório no corpo de um processo cooperativo, em que as partes — e os seus fundamentos — devem influenciar ativamente na construção das decisões. Assim, o órgão julgador precisa ouvir e levar em consideração os fundamentos apresentados pelas partes, tanto que o CPC oportuniza a oposição de declaratórios para forçar o juiz a enfrentar fundamento suscitado e não abarcado no *decisum*.²²²

²²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 351-352.

Sempre que o julgador deixar de decidir sobre algum pedido “estará incorrendo em omissão além do dever de fundamentar e, via de consequência, os embargos declaratórios terão a missão de resgatar o acesso à justiça, isto é, fazer valer o exame de postulação não apreciada”²²³. Portanto, os embargos de declaração funcionam não só como importante instrumento para a garantia da (adequada) fundamentação decisória, mas também como garantia do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Teresa Arruda Alvim Wambier²²⁴ sustenta que “a garantia da motivação consiste *na última manifestação do contraditório*” e que os embargos de declaração caracterizam-se por suas peculiaridades, configurando-se como um recurso que: a) viabiliza às partes que contribuam para com a qualidade da prestação jurisdicional; e b) serve para “revelar” a decisão que deveria ter sido proferida, levando o Poder Judiciário a cumprir adequadamente o dever de fundamentação.

Rodrigo Mazzei defende, com propriedade, que a natureza jurídica dos embargos de declaração precisa ser definida a partir de sua função, qual seja: a de um *recurso de saneamento* dos atos decisórios, cuja atuação é ampla e diferenciada, não se devendo “confundir a *função saneadora* dos embargos de declaração com uma forma com que o saneamento pode assumir, ainda que a mais comum (integração). Ou ainda, com outras palavras: a modalidade (integração) não pode suplantar a função (saneamento), pois a primeira é apenas a manifestação mais comum da segunda”²²⁵. Sinaliza também que os embargos de declaração, por possuírem espaço em sua configuração para *sanear* falhas no conteúdo motivador das decisões, “são instrumento de *proteção e efetivação* da garantia constitucional da motivação das decisões”, e, ainda que não previstos expressamente na Constituição Federal, “é intuito se pensar que a absorção do princípio da motivação para o ventre constitucional implicou em dar aos declaratórios um papel mais relevante no sistema processual”²²⁶.

²²³ MAZZEI, Rodrigo Reis. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012. p. 398.

²²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 386-390.

²²⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012. p. 289-290.

²²⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012. p. 398.

Não se pode negar, portanto, que os embargos de declaração possuem uma acentuada raiz constitucional, revelando-se um vigoroso instrumento em favor e em defesa das decisões adequadamente fundamentadas. A pesquisa pela história demonstra que a correção da decisão iniciou-se como sendo um *direito* do julgador até se tornar um *dever* (do julgador) provocado por postulação das partes.²²⁷ Configuram-se os aclaratórios peça chave no saneamento de qualquer tipo de decisão, e, por conseguinte, na concretização da Constituição, realizada toda vez que, por meio do recurso de saneamento, uma decisão torna-se apta a ser adjetivada de constitucionalmente fundamentada.

De mais a mais, ressalta-se que a oposição de embargos de declaração, com o fito de induzir a fundamentação adequada, não pode — ainda que o julgador entenda que o embargante não possui razão — ser apenada com a aplicação de multa, pois o CPC/15 claramente incentiva a utilização dos embargos de declaração nesse sentido.

Com efeito, os embargos de declaração estão em total consonância com os princípios da cooperação (art. 6º do CPC/15) e da eficiência (art. 9º do CPC/15), ao passo que o recurso de saneamento também se constitui num modo eficiente de as partes cooperarem com o juiz na obtenção na decisão de mérito justa, efetiva e adequadamente fundamentada.²²⁸

²²⁷ Sobre o assunto, de forma detalhada e precisa: MAZZEI, Rodrigo Reis. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012.

²²⁸ “Dessa forma, o espaço que os embargos de declaração ocupam no cenário legal revela que se trata de remédio que, apesar de fonte infraconstitucional, age de forma protetiva e para a efetivação de garantias magnas, assumindo, assim, nestas condições, função constitucional de alta importância. E dado o seu papel, algumas conseqüências práticas merecem ser colocadas para debate. [...] De toda sorte, o ponto fulcral desta parte do trabalho está em reconhecer que no sistema atual não há instrumento mais adequado que os embargos de declaração para dar proteção e efetivação à garantia do direito à decisão fundamentada, previsto no artigo 93, incisos IX e X, da Constituição Federal. Aceita esta premissa, os embargos de declaração devem ser recebidos não como uma crítica a atividade decisória, mas sim como instrumento de aprimoramento das dicções dela decorrente, contribuindo para o primado do direito à decisão fundamentada.” (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012. p. 400-403).

4.8 DAS INDEVIDAS E MAL EMBASADAS CRÍTICAS AO ART. 489, §1º DO CPC/15

Estamos defendendo, desde o início deste trabalho, que a fundamentação adequada das decisões é uma condição do Estado Democrático de Direito. O legislador, por sua vez, após observar as dificuldades de precisar o conteúdo de uma decisão adequadamente fundamentada, foi pedagógico com a finalidade de que se cumpra corretamente um dever fundamental, cujo descumprimento acarreta nulidade da decisão.

Não se sabe por qual motivo um dispositivo que delineia o esboço do conteúdo mínimo de uma decisão fundamentada sofreu tanta resistência por parcela dos magistrados²²⁹, que, num comportamento instintivamente corporativista²³⁰, sem a reflexão merecida, pediram o veto do §1º do art. 489 do CPC/15, em documento enviado à Presidência da República.²³¹

A questão não pode ser colocada como um cabo de guerra entre classes (advogados e juízes, por exemplo), mas no viés do Estado Democrático de Direito e da necessidade de se discutir seriamente o modo como se decide no Brasil. Não se deve dar, muito menos aceitar, respostas prontas para problemas complexos. A reflexão essencial passa por pensar a questão com olhos no jurisdicionado, nos direitos dos jurisdicionados a terem respostas corretas (adequadamente fundamentadas) quando confiam seus problemas ao julgamento do Estado.

Durante a *vacatio legis* do CPC/15, entre os dias 26 e 28 de agosto de 2015, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) aprovou dezenas de enunciados²³²⁻²³³ criados com o propósito de orientar a magistratura nacional na aplicação do

²²⁹ As entidades de magistrados — Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) — se manifestaram publicamente contra o conteúdo do §1º do art. 489 do CPC/15, clamando, naquela oportunidade, pelo veto ao parágrafo que buscava delinear os critérios mínimos para uma decisão fundamentada.

²³⁰ Sobre o assunto: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. Debate sobre fundamentação no novo CPC precisa ser menos corporativo. *Consultor Jurídico*, 30.05.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-30/diario-classe-debate-fundamentacao-cpc-corporativo>. Acesso em: 06.06.2016.

²³¹ VASCONCELOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. *Consultor Jurídico*, 04.03.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em: 05.06.2016.

²³² Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 07.08.2016.

novo Código de Processo Civil. Dentre os enunciados, mais precisamente envolvendo o art. 489 do CPC/15, seguem alguns exemplos: “Enunciado 3 - É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.” Ora, parece-nos um enunciado sobremaneira defensivo, pois o julgamento quanto a necessidade ou desnecessidade de ouvir as partes muitas vezes só se torna claro após audiência em que a própria parte interessada poderá defender a influência de sua manifestação (ou de seus fundamentos) para o deslinde da causa; “Enunciado 6 - Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.” A redação do enunciado é bastante confusa, pois não demonstra a necessidade de submeter ao contraditório o julgamento lastreado em fundamentos jurídicos diversos dos apresentados pelas partes. Pensamos que não se pode admitir a decisão por um fundamento surpresa ou de terceira via. Quando o juiz vislumbrar que a entrega do direito material passa por um fundamento não discutido pelas partes, deve imediatamente deixar que estas conheçam do fundamento e sobre ele possam se manifestar; “Enunciado 47 - O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais.” É difícil compreender esse enunciado, sobretudo se considerarmos que quem litiga no âmbito dos juizados especiais também possui interesse e direito a uma resposta apropriada do judiciário, resposta esta que deve ser entregue por meio da adequada fundamentação decisória. O argumento de que a observância do art. 489 vai burocratizar ou vai de encontro com os objetivos dos juizados especiais não se sustenta nem minimamente, haja vista que o dever de fundamentação das decisões judiciais é preceito constitucional (art. 93, IX da Constituição Federal) e o que o novo código de processo civil pretende é tão somente densificá-lo. Chama a atenção que o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) editou o enunciado 309, aprovado por unanimidade, com conteúdo oposto ao enunciado pela

²³³ Comentando o Encontro da Enfam, Dierle Nunes e Lúcio Delfino teceram diversas críticas, afirmando que *“Tudo isso é de veras simbólico. Magistrados reunidos para “flexibilizar” amarras que lhes foram impostas pelo novo modelo participativo de processo, surgido de forma legítima, via processo legislativo constitucional. [...] Para nós brasileiros a lei é nada mais que mera sugestão. Gasta-se uma fortuna com o funcionamento do Congresso Nacional e o resultado são textos ficticiamente vinculantes. Aqui se pode tudo e mais um pouco. O “intérprete” não permite que o texto antes lhe diga algo para, só depois, atribuir-lhe sentidos. Enunciados legais são mudos e camaleônicos, pouco importando seus limites semânticos porque prevalece mesmo é aquilo desejado pelo intérprete assujeitador. São espécie de brinquedo gelatinoso, resiliente e maleável, que a tudo tolera, podendo ser comprimido, esticado, partido e aumentado. De novo, e sempre, o problema do ativismo judicial, agora revestido sob a forma de enunciados elaborados por magistrados e que poderão ser empregados amiúde (e acriticamente) no cotidiano forense. O texto legal diz mas a magistratura desdiz. E assim seguimos, caminhando para trás.”* (NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC. *Consultor Jurídico*, 03.09.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>. Acesso em: 07.08.2016).

ENFAM, afirmando que “o disposto no § 1º do art. 489 do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais”.

Ainda na *vacatio legis* do novo código, nos dias 25 e 26 de junho de 2015, a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (GO) promoveu a I Jornada sobre o Novo Código de Processo Civil, aprovando quinze enunciados acerca da aplicação do CPC/15 à Justiça do Trabalho.²³⁴⁻²³⁵ Entre os enunciados aprovados, dois deles — que se referem ao art. 489, §1º, do CPC/15 — merecem ser comentados:

Enunciado n.º 12 – I Jornada sobre o Código de Processo Civil de 2015.
DISCIPLINA DA FUNDAMENTAÇÃO. CPC, ART. 489, § 1º E CF, ART. 93, IX. DEVER CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE: CLARA, PRECISA E ESPECÍFICA. A premissa maior do Código de Processo Civil repousa em observar a Constituição, de modo que uma lei infraconstitucional não tem o poder de alterar o significado das normas constitucionais, por uma questão de hierarquia. O dever de fundamentar é constitucional (art. 93, IX) e o STF já decidiu que não há necessidade de rebater, de forma pormenorizada, todas as alegações e provas. A fundamentação, que pode ser concisa, será suficiente quando for clara - acerca da análise do direito, específica - quanto ao caso proposto, e precisa - quando indicar com exatidão a adequação dos fatos ao direito.

Enunciado n.º 13 – I Jornada sobre o Código de Processo Civil de 2015.
AINDA QUE SE REPUTE POR CONSTITUCIONAL, REVELA-SE MANIFESTAMENTE INAPLICÁVEL AO PROCESSO DO TRABALHO O DISPOSITIVO DO NOVO CPC QUE EXIGE FUNDAMENTAÇÃO SENTENCIAL EXAURIENTE, COM O ENFRENTAMENTO DE TODOS OS ARGUMENTOS DEDUZIDOS NO PROCESSO PELAS PARTES. O inciso IV, do § 1º, do artigo 489, do Novo CPC, ao exigir fundamentação sentencial exauriente, é inaplicável ao processo trabalhista, seja pela inexistência de omissão normativa, diante do caput do artigo 832, da CLT, seja pela flagrante incompatibilidade com os princípios da simplicidade e da celeridade, norteadores do processo laboral, sendo-lhe bastante, portanto, a clássica fundamentação sentencial suficiente.

É estarrecedora a constatação de que alguns magistrados estão cavando argumentos para não cumprir uma Lei democraticamente aprovada. E o que causa ainda mais espanto é o fato de que, mesmo reputando o art. 489, §1º, do CPC/15 como sendo constitucional, o enunciado n.º 13 possui o atrevimento de afirmar que a obrigação de enfrentar todos os *fundamentos* (argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo

²³⁴ Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/porta1/arquivos/2015/07/relatorio-final.pdf>. Acesso em: 07.08.2016.

²³⁵ Comentando os enunciados, vale conferir: STRECK, Lenio Luiz. As pílulas do ativismo anticoncepcional da Justiça do Trabalho. *Consultor Jurídico*, 18.07.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-18/diario-classe-pilulas-ativismo-anticoncepcional-justica-trabalho>. Acesso em: 06.06.2016.

julgador) não é compatível com os princípios da simplicidade e da celeridade que norteiam o processo laboral. Quem foi que disse que a fundamentação adequada caminha em sentido contrário aos princípios da simplicidade e da celeridade? Certamente não foi o trabalhador, uma vez que este é o mais interessado em ter uma decisão condizente com o que proposto pelo CPC/15, enfatizando que a razoável e eficiente duração do processo pressupõe que as decisões nele proferidas sejam adequadamente fundamentadas.

Releva ponderar, também, que em momento algum o art. 489, §1º, do CPC/15 exige que a fundamentação seja extensa, não havendo qualquer óbice em uma fundamentação concisa estar em consonância com o dever previsto no art. 93, IX da Constituição Federal e densificado pelo novo CPC. Portanto, a fundamentação concisa, que preencha e respeite o conteúdo mínimo esboçado pelo art. 489, §1º, do CPC/15, atende ao dever de fundamentar adequadamente. Além disso, ressalta-se que o *caput* do art. 832 da CLT²³⁶ é completamente compatível com o art. 489, §1º, do CPC/15, devendo os dois coexistir harmonicamente. Tanto é assim que o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou, no dia 15 de março de 2016, a Instrução Normativa 39/2016²³⁷ (sobre a aplicação das normas do novo Código de Processo Civil ao processo do trabalho), concluindo pela aplicação do art. 489 do CPC/15 ao Processo do Trabalho²³⁸, se ajustando à previsão do art. 15 do CPC/15²³⁹.

Em meio a tantas práticas com o objetivo de diminuir o espaço de aplicação do CPC/15, preocupa seriamente a possibilidade da novel legislação processual vir a ser cotidianamente descumprida, até o ponto em que a sociedade, e todos aqueles que podem ser considerados intérpretes ativos da Constituição e das leis, fiquem anestesiados e percam a capacidade e a energia para lutar, questionar e se indignar. Dito isso, não podemos esquecer que o nosso Estado Democrático de Direito ainda é um projeto inacabado (em construção) e que qualquer

²³⁶ Art. 832 - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

²³⁷ Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em: 06.06.2016.

²³⁸ Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas: [...] IX - art. 489 (fundamentação da sentença);

²³⁹ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

tentativa de desviar o foco da concretização da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser repudiada com vigor.²⁴⁰

²⁴⁰ Lúcio Delfino alerta, com preocupação, que “os ganhos democráticos introduzidos pela novel legislação processual encontram-se ameaçados por forte resistência no cenário pragmático protagonizada por alguns setores do Judiciário, órgão estatal a quem cabe justamente o papel de sentinela do ordenamento jurídico e, em particular, da Constituição. As coisas se dão meio sorrateiras, com doses de absolutismo ministradas de forma homeopática para que o impacto não seja sentido. O propósito é fazer com que tudo se naturalize, ou permaneça como sempre esteve, e seja aceito sem maiores reboliços pela comunidade. Ou seja, a velha técnica de cozinhar sapos: não é estrategicamente correto jogá-los em água fervendo pois saltarão para fora. A receita é colocar os bichos numa panela de água fria e, pouco a pouco, ir aumentando a temperatura para que não percebam que logo sucumbirão. A expectativa é sufocada e o erro naturalizado pelo cotidiano. [...] A filosofia, desde a Antiguidade, pondera sobre a admiração, sensação de dúvida ou espanto que revela a súbita surpresa da alma diante daquilo que não se esperava, um estado de ânimo que impulsiona o pensar. A rotina forense fatalmente impõe uma dura realidade aos profissionais do direito, e o custo disto é amiúde a perda da capacidade de admiração. Resultado: uma atividade jurisdicional cada vez mais automatizada e blindada a reflexões. Algo assaz pernicioso se pensarmos que o Estado Democrático de Direito, insaturado a partir da Constituição de 1988, é um projeto em construção e sua centelha ainda não polinizou a integralidade das práticas judiciárias.” (DELFINO, Lúcio. A naturalização do indevido processo legal no Judiciário brasileiro. *Consultor Jurídico*, 01.06.2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-01/lucio-delfino-naturalizacao-indevido-processo-legal>. Acesso em: 06.06.2016).

5 CONCLUSÃO

O dever de motivar adequadamente as decisões judiciais já existe bem antes do novo Código de Processo Civil, possuindo, aliás, dignidade Constitucional didática e expressa (art. 93, IX da Constituição de 1988).

O conceito de *motivação* é copiosamente indeterminado, tratado inclusive como se possuísse um (perigoso) conteúdo volúvel, sendo que a experiência cotidiana demonstrou que a comunidade de intérpretes vem encontrando dificuldades em sua determinação.

O legislador, de modo inteligente e perspicaz, quando concebeu o texto do art. 489, §1º do CPC/15, positivou o esboço do que seja uma decisão fundamentada, delineando, por meio de um rol que exemplifica decisões infundadas, o conteúdo mínimo do que seja uma decisão adequadamente fundamentada, viabilizando, assim, o saudável controle das decisões judiciais no que tange à motivação.

A (re)descoberta do dever de fundamentação, provocada pelo CPC/15, passa necessariamente por enxergar o processo no espaço democrático e cooperativo, de diálogo e influência, com protagonismo dividido e decisões construídas e legitimadas por meio de um contraditório pleno. O direito de ser ouvido deve ser levado a sério: não basta ouvir para cumprir protocolo, mas ouvir para levar em consideração quando no julgar.

O projeto do Estado Democrático de Direito, inaugurado com a Constituição de 1988, ainda possui longo caminho a perseguir, mas, a nosso olhar otimista e esperançoso, deu passo largo e elogiável com a densificação, realizada pelo art. 489, §1º do CPC/15, do preceito constitucional que exige a fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição Federal), oportunizando a resolução segura de problemas concretos, ajudando na interpretação da norma e na (re)descoberta do dever de fundamentação a partir da identificação do conteúdo mínimo de uma decisão adequadamente fundamentada.

O sonhado Estado Democrático de Direito enxerga um novo, luminoso e desafiante caminho para percorrer, sabendo, de antemão, que percalços hão de existir e pessoas, certamente, ainda hão de lutar para que a marcha ré seja dada ao projeto em construção, mas essas, como diria o

poeta, passarão²⁴¹. No dia a dia, decisão por decisão, com a determinação e a coragem daqueles que dormem e acordam com propósito e sonho, é que a nossa Constituição será, enfim, concretizada.

²⁴¹ “*Todos esses que aí estão
Atravancando meu caminho,
Eles passarão...
Eu passarinho!*” (Poeminho do Contra - Mario Quintana)

6 REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AMARAL, Jasson Hibner. Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões:. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1025, 22 abr. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8248>. Acesso em: 07.08.2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados*. Revistada Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a. 04, n. 08, 1º. Sem. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BLANCO DE MORAES, Carlos. *Justiça Constitucional: O Contencioso Constitucional Português entre o Modelo Misto e a Tentação do Modelo de Reenvio*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo*: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007.

BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; *O Controle judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos — Art. 557 do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. A função do relatório no julgamento colegiado - manifestação do princípio do contraditório e perspectiva na duração razoável do processo. In: *Recursos e a razoável*

duração do processo. SILVEIRA DE OLIVEIRA, Bruno [et al.] Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 65-79.

CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. - 7.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 233. p. 65-84.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Análise detida das Leis 9.868 e 9.882/99*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2007.

DELFINO, Lúcio. A naturalização do indevido processo legal no Judiciário brasileiro. *Consultor Jurídico*, 01.06.2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-01/lucio-delfino-naturalizacao-indevido-processo-legal>. Acesso em: 07.08.2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil. In: coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 1: parte geral*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 295-310.

_____. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed., rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol 1. 17ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2015.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. Tomo II.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FREIRE, Alexandre; STRECK, Lenio Luiz. Art. 1.025. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1356.

FREIRE, Alexandre; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Art. 15. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 62-64.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia II - entre a facticidade e validade*, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, trad Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação: notas iniciais à leitura do novo código civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 1: parte geral*. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 35-63

_____. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012.

_____. *O dever de motivar e o 'livre convencimento' (conflito ou falso embate?): breve análise do tema a partir de decisões do Superior Tribunal de Justiça e com olhos no novo CPC (republicação)*. Revista Jurídica (Porto Alegre. 1953), v. 456, p. 9-22, 2015.

_____. Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (necessário) dialogo com o novo CPC. in CABRAL, Antonio do Passo; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Impactos do novo CPC no processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016, no prelo.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. Ver. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. *Do cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais : morte dos embargos de declaração, o Macunaíma da dogmática jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

NUNES, Dierle. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência e não surpresa*. REPRO, v. 168. Fev./2009.

_____. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed. 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Tribunais precisam rever publicidade dos precedentes e julgados. *Consultor Jurídico*, 25.05.2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-25/dierle-nunes-tribunais-rever-publicidade-precedentes>. Acesso em: 07.08.2016.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC. *Consultor Jurídico*, 03.09.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>. Acesso em: 07.08.2016.

NUNES, Dierle; DERZI, Misabel, BUSTAMANTE, Thomas; NAVARRO, Ana. Recursos extraordinários, precedentes e responsabilidade dos tribunais. *Revista de Processo*, v. 237. 2014.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. Debate sobre fundamentação no novo CPC precisa ser menos corporativo. *Consultor Jurídico*, 30.05.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-30/diario-classe-debate-fundamentacao-cpc-corporativo>. Acesso em: 06.06.2016.

PELEGRINI GRINOVER, Ada. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *Revista da Ajuris*, 50 (1990):5-20

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JUNIOR, Hermes. Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional. *Consultor Jurídico*, 16.04.2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional>. Acesso em: 02.06.2016.

SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. *Defesa da desobediência civil como direito fundamental no Estado democrático brasileiro a partir de uma fundamentação discursiva*. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão, v. 12, p. 147-156, 2005.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico/atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In:_____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 681-692.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. A alegoria do novo CPC e o filme Os Deuses Devem Estar Loucos: imperdível. *Consultor Jurídico*, 03.09.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-03/senso-incomum-alegoria-ncpc-deuses-estar-loucos-imperdivel>. Acesso em: 07.08.2016.

_____. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. *Consultor Jurídico*, 19.03.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar->

19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc. Acesso em: 07.08.2016.

_____. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. *Consultor Jurídico*, 23.04.2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 24.04.2016.

_____. *O que é isto — decido conforme minha consciência?* – 5ª ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *Consultor Jurídico*, 18.12.2014. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades#_ftnref. Acesso em: 07.08.2016.

_____. As pílulas do ativismo anticoncepcional da Justiça do Trabalho. *Consultor Jurídico*, 18.07.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-18/diario-classe-pilulas-ativismo-anticoncepcional-justica-trabalho>. Acesso em: 06.06.2016.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*, vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUPINAMBÁ, Carolina. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Organizadores: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 45-53.

VASCONCELOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. *Consultor Jurídico*, 04.03.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em: 07.08.2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Os princípios da fundamentação e do contraditório no Novo Código de Processo Civil. Primeiras impressões. In: coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 1: parte geral*. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 319-340.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Organizadores: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p.1320-1332.